

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Penal



TESIS DOCTORAL

¿Derecho penal "privado"?

**Juicio crítico a la existencia de ilícitos perseguibles a instancia de parte
y alternartivas de solución**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Borja Almodóvar Puig

Director

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho penal



¿DERECHO PENAL “PRIVADO”?

*Juicio crítico a la existencia de ilícitos perseguibles a instancia de parte
y alternativas de solución*

TESIS DOCTORAL

Borja Almodóvar Puig

Bajo la dirección de

Prof. Dr. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles

Madrid, 2014

A Lola, mi mujer

ÍNDICE

PROGRAMA	8
----------------	---

PRIMERA PARTE

Pilares de la perseguibilidad privada en el código penal

CAPÍTULO I. - PUNTO DE PARTIDA: REQUISITOS DE PERSEGUIBILIDAD PRIVADA EN EL CÓDIGO PENAL 21

§ I. 1. - Privacidad del Derecho penal como excepción a la regla general.....	21
§ I. 2. - Delitos sometidos a requisitos de perseguibilidad privada: un intento de sistemática	23
§ I. 3. - Conclusiones.....	34

CAPÍTULO II. - PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PENAL MODERNO..... 37

§ II. 1. - Nacimiento del Derecho penal moderno: neutralización de la víctima como manifestación lógica de la distinción entre el Derecho público y el privado.....	37
§ II. 2. - ¿Existencia de un Derecho penal privado siempre latente?.....	49
§ II. 3. - Resurgimiento de la víctima y expansión del Derecho penal	55
§ II. 4. - Conclusiones	58

CAPÍTULO III. – DEBATE SOBRE LAS CAUSAS DE EXENCIÓN O EXCLUSIÓN DE LA PUNIBILIDAD 60

§ III. 1. - Heterogeneidad de los presupuestos materiales de la exclusión de la punibilidad.....	60
§ III. 2. - ¿Condiciones objetivas de punibilidad?	65
§ III. 3. - ¿Excusas absolutorias?	70
§ III. 4. - Exenciones, inviolabilidades e inmunidades frente a la jurisdicción penal. 73	
§ III. 5. - ¿Presupuestos procesales y requisitos de perseguibilidad privada?.....	75
§ III. 6. - Equivalencia entre los requisitos de perseguibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad: integración de los presupuestos de la punibilidad.....	79
§ III. 7. - Conclusiones	97

SEGUNDA PARTE

Aspectos generales: primera aproximación crítica a los requisitos de perseguibilidad

CAPÍTULO IV. - FUNDAMENTOS COMUNES DE LOS REQUISITOS DE PERSEGUIBILIDAD 101

§ IV. 1. - Introducción.....	101
§ IV. 2. - Pretendidos argumentos supuestamente unificadores para intentar justificar la perseguibilidad privada.....	104
§ IV. 3. - ¿Límites político-criminales para los requisitos de perseguibilidad?	110
§ IV. 3. 1. - Descarte de un primer pretendido anclaje: merecimiento y necesidad de la pena	110
§ IV. 3. 2. - Descarte de un segundo pretendido anclaje: principios de intervención mínima y caracteres de subsidiariedad, fragmentariedad y ultima ratio	111

§ IV. 4. - El principio de oportunidad como complemento de la legalidad y necesidad penal	119
§ IV. 4. 1. - Legalidad y deber de persecución penal	119
§ IV. 4. 2. - Inevitable racionalización de la justicia como vía de resolución de conflictos. Modulaciones del principio de legalidad.....	122
§ IV. 4. 3. - Oportunidad discrecional en el Derecho norteamericano.....	125
§ IV. 4. 4. - Límites insoslayables al principio de oportunidad	133
§ IV. 4. 5. - Valoración crítica del principio de oportunidad como supuesta justificación de la perseguibilidad privada	140
§ IV. 5. - Conclusiones.....	142

CAPÍTULO V. - PROPUESTA DE UNOS PARÁMETROS ADECUADOS PARA EL INICIO DEL PROCESO EN DELITOS CON CONDICIONES DE PERSEGUIBILIDAD

§ V. 1. - Introducción	146
§ V. 2. - Principales desarmonías detectables en las atribuciones a las partes respecto de la persecución privada	148
§ V. 2. 1. - Necesidad de intervención del Fiscal en los procedimientos por delitos privados	148
§ V. 2. 2. - Acusación particular y acusación privada.....	153
§ V. 2. 3. - Acusación popular y perseguibilidad de ‘privada’	161
§ V. 3. - Incoherencias de los requisitos de iniciación: denuncia vs. siempre querella	170
§ V. 4. - Desistimiento: perdón y su necesaria aplicación extensiva	185
§ V. 4. - Conclusiones	190

CAPÍTULO VI. - PRINCIPALES CONFLICTOS JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LOS REQUISITOS DE PERSEGUIBILIDAD.....

§ VI. 1. - Introducción.....	194
§ VI. 2. - Necesarias precisiones sobre los términos agraviados, ofendidos y perjudicados por el delito	195
§ VI. 3. - Intervención del Fiscal en supuestos de menores, incapaces y desvalidos	200
§ VI. 4. - Necesaria reinterpretación del concepto de afectación de los intereses generales	205
§ VI. 5. - Parámetros restrictivos del elemento pluralidad de personas	212
§ VI. 6. - Conclusiones.....	218

TERCERA PARTE

Análisis de la pretendida justificación de la privacidad de cada delito en particular: nueva crítica a la perseguibilidad privada

CAPÍTULO VII. - DELITOS CONTRA EL HONOR.....

§ VII. 1. - Introducción: particular referencia a la exigencia de querella	222
§ VII. 2. - Antecedentes histórico-legislativos: invariabilidad histórica de la perseguibilidad privada de las injurias y calumnias.....	225
§ VII. 3. - Consecuencias para la perseguibilidad privada atendiendo al bien jurídico protegido y al carácter personalísimo del derecho al honor	229

§ VII. 4. - Críticas intrasistemáticas y extrasistemáticas a la perseguibilidad privada de los delitos contra el honor	237
§ VII. 5. - Conclusiones.....	249

CAPÍTULO VIII. – DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD Y DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS 252

§ VIII. 1. - Introducción: en particular sobre el ámbito de aplicación	252
§ VIII. 2. - Privacidad sesgada y tardía de los delitos contra la intimidad y la vulneración de secretos	255
§ VIII. 3. - Derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones como objeto de tutela	261
§ VIII. 4. - Publicidad de la intimidad y el secreto de las comunicaciones vs. privacidad del honor.....	266
§ VIII. 5. - Conclusiones	273

CAPÍTULO IX. - DAÑOS CAUSADOS POR IMPRUDENCIA 274

§ IX. 1. - Progresiva privatización de los delitos de daños en nuestro Código penal	274
§ IX. 2. - Propiedad ajena como objeto de protección	277
§ IX. 3. - Principio de intervención mínima, oportunidad procesal e imprudencia como pretendidos elementos justificadores de la perseguibilidad privada	280
§ IX. 4. - Conclusiones	287

CAPÍTULO X. - FALTAS PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE 289

§ X. 1. - Introducción	289
§ X. 2. - Privatización de algunas faltas como antesala a su despenalización.....	291
§ X. 3. - Injustificada perseguibilidad privada de las faltas	297
§ X. 4. - Conclusiones	302

CAPÍTULO XI. - DELITO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA SIN CONSENTIMIENTO 304

§ XI. 1. - Introducción.....	304
§ XI. 2. - Particular perseguibilidad de la reproducción asistida sin consentimiento (dentro de los delitos contra la manipulación genética).....	307
§ XI. 3. - Disparidad de bienes jurídicos individuales y supraindividuales protegidos por el art. 161 CP	310
§ XI. 3. - Análisis político-criminal: ¿derecho de la procreación de la mujer como fundamento de la privacidad del delito?	317
§ XI. 4. - Conclusiones.....	323

CAPÍTULO XII. - DELITOS DE ABANDONO DE FAMILIA E IMPAGO DE PENSIONES..... 325

§ XII. 1. - Histórica relegación de los conflictos familiares al ámbito del Derecho privado.....	325
§ XII. 2. - Bien jurídico protegido: ¿seguridad de los miembros indefensos o institución familiar?	333
§ XII. 3. - Análisis de la perseguibilidad privada en los delitos contra las relaciones familiares	341
§ XII. 4. - Conclusiones.....	346

CAPÍTULO XIII.- DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y LOS CONSUMIDORES	350
§ XIII. 1. - Antecedentes histórico-legislativos	350
§ XIII. 2. - Pluralidad de bienes jurídicos: intereses del empresario, de los consumidores y buen funcionamiento del mercado	355
§ XIII. 3. - Análisis del requisito de perseguibilidad: ¿privacidad de delitos de intereses claramente colectivos?	368
§ XIII. 4. - Conclusiones	376
CAPÍTULO XIV. - DELITOS SOCIETARIOS	378
§ XIV. 1. - Introducción	378
§ XIV. 2. - Antecedentes histórico-legislativos	381
§ XIV. 3. - Pluralidad de bienes jurídicos: intereses económicos individuales de los socios e intereses generales del buen funcionamiento del orden socioeconómico.....	387
§ XIV. 4. - Crítica al principio de intervención mínima como pretendido fundamento de la perseguibilidad privada de los delitos societarios	398
§ XIV. 5. - Conclusiones	410
CAPÍTULO XV.- DELITOS DE AGRESIONES, ABUSOS Y ACOSO SEXUALES	413
§ XV. 1. - Progresiva desprivatización de los delitos contra la libertad sexual	413
§ XV. 2. - Libertad e indemnidad sexuales: superación de la honestidad como bien objeto de tutela.....	419
§ XV. 3. - Análisis político-criminal: crítica a la ‘protección’ privatista que aún pervive	431
§ XV. 4. - Conclusiones	445

CUARTA PARTE

Alternativa a la perseguibilidad privada

CAPÍTULO XVI. - TERCERA VÍA: JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN	448
§ XVI. 1. - Justicia restaurativa y mediación penal: participación privada en la terminación anticipada del proceso penal	448
§ XVI. 2. - Clases y fundamentos jurídicos de mediación penal.....	454
§ XVI. 2. 1. - Modelos de mediación	454
§ XVI. 2. 2. - Fundamentos jurídicos y referencias normativas	460
§ XVI. 2. 2. 1. - Estándares establecidos por el Derecho supranacional.....	460
§ XVI. 2. 2. 2. - Precedentes y fundamentos en España.....	464
§ XVI. 2. 2. 3.- Experiencias piloto en nuestro país	473
§ XVI. 3. - Aproximación al modelo de mediación penal: límites y garantías	476
§ XVI. 3. 1. - Nuevamente: legalidad, intervención mínima y oportunidad como principios justificadores de los modelos de justicia alternativa.....	476
§ XVI. 3. 2. - Presunción de inocencia y confidencialidad	479
§ XVI. 3. 3. - Ámbito de aplicación.....	481
§ XVI. 4. - Conclusiones	488
RESUMEN DE CONCLUSIONES	492

BIBLIOGRAFÍA	512
RESUMEN.....	540
ABSTRACT	546

PROGRAMA

(1).- La dicotomía entre *delitos públicos y privados* goza de una larga tradición jurídica en nuestro ordenamiento. La existencia de determinados tipos penales sometidos a alguna clase de requisito de perseguibilidad privada – esto es, la exigencia de previa interposición de querella o denuncia por parte del ofendido o agraviado – no ha de despertar ningún tipo de extrañeza entre nuestra doctrina. Sin embargo, y pese a que siguen siendo una clara minoría, en los últimos tiempos esta suerte de privacidad penal ha ostentando un crecimiento ciertamente desmedido, hasta el punto de concretarse en una heterogeneidad de ilícitos – delitos y faltas – difícilmente justificable.

En efecto, esta excepcional *privacidad*, entendida como el sometimiento del *ius puniendi* a la voluntad exclusiva de la víctima, que alcanza extremos tales como la imposibilidad de sancionar determinados delitos, por graves que sean, mientras aquélla no muestre su voluntad expresa, es la excepción a la norma general, sometida a los principios de oficialidad y legalidad, conforme a los cuales resulta obligada la persecución y sanción de determinadas conductas con independencia del interés particular del perjudicado u ofendido en el procedimiento.

Así, la presente investigación se circunscribe precisamente al estudio de este particular tratamiento del Derecho penal que, ni que decir tiene, resulta al menos *prima facie* contradictorio con algunos de nuestros cánones tradicionales. Más en concreto, el estudio que proponemos en el presente programa, contiene reflexiones en torno a dos niveles fundamentales: la *justificación* y la *viabilidad* de las restricciones impuestas por el legislador en cuanto a la perseguibilidad de todo este elenco de delitos y faltas que, por lo demás, poco o nada tienen que ver entre sí.

De un lado, en orden a verificar si, efectivamente, y como sostienen quienes avalan este tipo de requisitos, existen argumentos y/o algún tipo de necesidad político-criminal (o de cualquier otra naturaleza) de someter estos ilícitos a la previa voluntad de la víctima antes de poder ser investigados, enjuiciados, sancionados y, en definitiva, sometidos al *ius puniendi*. De otro, y a la vista del distinto tratamiento y de las múltiples excepciones que plantean todas estas condiciones de perseguibilidad, nuestro trabajo deberá

extenderse además al análisis de la funcionalidad y eficiencia de este peculiar modelo de persecución en el ámbito penal.

Si bien hasta hace relativamente poco, era bastante inusual encontrar estudios de estas características, ya que salvo contadas excepciones la perseguibilidad privada del Derecho penal ha sido tratada por la doctrina de forma muy residual y únicamente a partir de referencias genéricas e imprecisas, de un tiempo a esta parte es posible vislumbrar un aumento de la atención científica prestada a estas cuestiones, como lo demuestra la cada vez mayor dedicación a esta materia por no sólo parte de los manuales de Derecho penal y procesal-penal, sino incluso la publicación de artículos y monografías específicas.

Tal circunstancia, unida a nuestra evidente voluntad de arrojar cierta originalidad en este campo, nos obliga a su vez, además de a la debida concreción del objeto de la investigación, a realizar ciertas precisiones sobre cuestiones metodológicas. Así, el presente programa tiene por objeto esta doble pretensión, no sólo centrarnos en la explicación o delimitación de esta suerte de excepciones a la punibilidad, sino del alcance escogido para llegar a nuestro corolario final.

Así las cosas, el esquema a seguir en el desarrollo de esta investigación será el siguiente: (i) identificación de los delitos perseguibles a instancia de parte y de aquellas otras figuras eximentes o excluyentes de la punibilidad, junto con un análisis histórico del aquí denominado Derecho penal privado y de la evolución del papel desempeñado por la víctima; (ii) estudio de los aspectos comunes a las condiciones de perseguibilidad, que irán desde los fundamentos genéricos habitualmente esgrimidos por la doctrina para justificarlos, hasta aquellos otros elementos tales como la exigencia de querella o denuncia, el papel del Ministerio Fiscal, o la existencia de excepciones como la perseguibilidad de oficio en casos de afectación de los intereses generales o una pluralidad de personas; (iii) seguiremos con el análisis individualizado de estos requisitos en cada uno de los tipos penales afectados; y, finalmente, (iv) concluiremos con el estudio de posibles alternativas a la vista de las críticas que habremos extraído a lo largo de toda la exposición.

(2).- Conforme a lo anterior, nuestro punto de partida ha de ser la identificación y clasificación ordenada de este tipo de delitos. La constatación de la existencia de toda una diversidad de delitos y faltas, ayudará además a comprender fácilmente el porqué de la creciente tendencia entre nuestra doctrina a explorar otras categorizaciones dogmáticas que van más allá de la clásica distinción entre *delitos públicos-semipúblicos-privados*. De hecho, el particular tratamiento que ofrece el Código penal a este tipo de requisitos, la existencia de toda una pluralidad de matices según el delito ante el que nos encontremos, la constatación de toda una suerte de excepciones en ocasiones difícilmente comprensibles, que podrán llegar al extremo de que un mismo delito pueda ser considerado público o privado según las particularidades de cada caso, no sólo coadyuvará a centrar el objeto de nuestro trabajo, sino que confirmará la necesidad de llevar a cabo un análisis como el aquí planteado.

Tras esta enumeración y clasificación de los delitos privados, procederá efectuar un breve análisis de la evolución del Derecho penal desde el punto de vista de su privacidad. A través del mismo, se constata cómo el desmedido aumento de delitos privados conlleva una suerte de regresión del Derecho punitivo, vinculado en sus más antiguos orígenes al concepto de *venganza* y concebido desde su misma esencia como un mecanismo puesto a disposición de la propia víctima para la persecución y resarcimiento del daño infringido, pero entendido en nuestra época moderna como un instrumento público del Estado para sancionar aquellos atentados con suficiente entidad como para alterar gravemente la convivencia social. En efecto, en la actualidad la víctima y sus intereses particulares en el procedimiento penal se encuentran en cierta medida relegados a un discreto segundo plano, siendo el Derecho penal el Derecho público por excelencia, regido por el sistema acusatorio a través del Ministerio Público. No estamos hablando, ni mucho menos, de desatender, confinar o postergar a la víctima del delito, que no en vano en nuestro sistema procesal goza de un protagonismo absolutamente desconocido en otros países de nuestro entorno a través de la acusación particular. El antedicho desplazamiento ha de entenderse, más bien, en el sentido de que el Fiscal se erige aquí como la figura que hace posible el proceso y que responde a la idea de que el delito afecta al conjunto de la sociedad, por encima del propio individuo, así como de que aquélla está interesada en su persecución.

En épocas pasadas, efectivamente, la imposición de sanciones penales podía ser entendida como un mecanismo claramente privatista, empleado por el particular para satisfacer intereses exclusivamente personales ante determinadas ofensas. Por el contrario, en el presente, los fines del Derecho penal trascienden claramente tal objetivo, buscando por encima de cualquier cosa la protección de la propia sociedad en su conjunto. Paradójicamente, resulta sin embargo que este fundamento entra en una clara confrontación con la existencia de cualesquiera clase de condiciones de perseguibilidad. Y así, en efecto, en los delitos que aquí nos ocupan, en el mejor de los casos el Fiscal no tiene posibilidad de actuación mientras no lo haga primero la propia víctima. En los delitos de calumnias e injurias, considerados los delitos privados por excelencia, las limitaciones llegan al extremo incluso de impedir su participación en cualquier fase del procedimiento penal. Es aquí donde reside la privacidad del Derecho penal, en la superposición de los intereses individuales de la víctima a los colectivos de la sociedad representados a través del Ministerio Público. Nos referimos, obviamente, a una *privacidad* similar a otras ramas como el Derecho civil, es decir, a aquellas que reconocen a la víctima un claro poder de disposición tanto para iniciar el procedimiento como para ponerle fin mediante fórmulas que persisten en la actualidad, como sucede con el perdón del ofendido.

(3).- Los requisitos de perseguibilidad no son, por otro lado, las únicas normas dispuestas por nuestro legislador para limitar el ámbito de influencia de un Derecho tan marcadamente represivo como el penal, si bien sí son los únicos que expresamente condicionan su intervención a la voluntad del ofendido o agraviado. Así es, existen en nuestro Código penal múltiples ejemplos de *condiciones objetivas de punibilidad* con idéntica finalidad limitadora de la intervención del Derecho punitivo, como lo son, *ad exemplum*, los diversos límites cuantitativos impuestos en los delitos de naturaleza económica – como la imposición de una cuota defrauda mínima de 120.000 € de los delitos contra la Hacienda pública del art. 305, o aquellos otros límites establecidos entre las faltas y delitos patrimoniales, entre otros –, así como algunos otros mucho más específicos, tales como la necesidad de sentencia absolutoria firme, o el auto de sobreseimiento o archivo en los delitos acusación o denuncia falsa del art. 456.2 CP.

Como decimos, a la vista está que la diferencia entre unas y otras condiciones reside en que en estos últimos casos nos encontramos ante elementos dotados de cierta

objetividad – superar un determinado umbral defraudatorio, la existencia de una previa decisión judicial, etc. –, que en modo alguno implica el sometimiento del Derecho penal a criterios exclusivamente subjetivos o volitivos de las víctimas, como sí sucede con los delitos *privados* o *semiprivados*. Sin embargo, el propósito de nuestro trabajo hace indudablemente recomendable detenernos en estas condiciones objetivas de punibilidad: en primer lugar, por su estrecha relación con los requisitos de perseguibilidad, hasta el punto de poder ser, por qué no, equiparados; y, en segundo lugar, porque aun cuando pudieran ser calificadas de distinta naturaleza por parte de la doctrina, tratándose todas ellas de restricciones ideadas por el legislador para limitar el ámbito de actuación del Derecho penal, el estudio de las condiciones de punibilidad arrojará alguna luz sobre la pretendida justificación de los requisitos de perseguibilidad.

Siendo, por tanto, ambos requisitos – de punibilidad y de perseguibilidad –, dos caras de una misma moneda, el estudio del fundamento de los primeros, que también extenderemos a otras tantas causas de exención o exclusión de la punibilidad contempladas por el Código penal, nos servirá de inestimable ayuda para enfocar las bases sobre las que se cimentará la pretendida justificación de los delitos sometidos a la previa interposición de denuncia o querrela por el ofendido o agraviado. De hecho, tras dicho análisis podremos observar cómo el debate de la cuestión se centra, en definitiva, en uno de los principios del Derecho penal que mayor atención viene acaparando en los últimos tiempos, el principio de *oportunidad*, y sobre el que una y otra vez habremos de volver en el desarrollo del presente trabajo hasta llegar a nuestra tesis final.

(4).- La justificación de este tipo de requisitos viene dada, por otro lado, desde una doble perspectiva, que contempla aspectos generales del Derecho penal, pero también particulares de cada uno de los delitos objeto de estudio. En primer lugar, desde un punto de vista sistemático, la renuncia del *ius puniendi* a la persecución de determinados delitos, llevará al estudio de algunos de los principios fundamentales del Derecho penal – procesal y sustantivo –. De un lado, porque el sometimiento de algunos delitos a determinadas condiciones de perseguibilidad, conlleva la infracción de principios capitales como el de *legalidad*, esto es, el principio máximo que consagra la legitimidad y legalidad del Derecho penal. De otro, porque la persecución penal únicamente a instancias del ofendido supone además la excepción a la regla general, presidida por el *principio de oficialidad*, que implica que la actividad jurisdiccional, sin

perjuicio de que mantenga ciertos hilos de conexión con la iniciativa de las partes, no tiene que ceñirse de un modo absoluto al tenor de sus pretensiones, principio éste que justifica por otro lado la persecución penal a cargo del Estado a través del Ministerio Fiscal – en tanto titular del *ius acusandi* –.

Por el contrario, es tradición entre nuestra doctrina pretender justificar la existencia de esta suerte de *privacidad* en el cumplimiento de otros determinados principios generales igualmente insoslayables, como lo son la *intervención mínima*, y los caracteres de *subsidiariedad*, *fragmentariedad* y *ultima ratio* del Derecho penal actual. Del mismo modo, el ya referido *principio de oportunidad* justificaría la presencia de este tipo de requisitos de previa exigencia de querella o denuncia. A ellos tendremos que prestar también debida atención, especialmente a este último, que abordaremos teniendo en cuenta también su fundamento en el Derecho penal norteamericano, donde éste encuentra su mayor reconocimiento y aceptación, hasta el punto de facultar al Ministerio Público a decidir sobre la conveniencia de perseguir un delito, o incluso a negociar – *plea bargaining* – la finalización anticipada del procedimiento, aunque ello implique la condena por delito distinto y de menor entidad, del cual se declarará culpable el imputado.

A partir de lo anterior, demostraremos que ninguno de los principios del Derecho penal vigente justifica eficazmente el sometimiento de sólo algunos delitos a determinados intereses exclusivamente privados. Ni tan siquiera el tan manido *principio de oportunidad*, al no ser posible admitir ningún tipo de desvinculación entre éste y el *ius puniendi*, así como tampoco una mera transferencia de dicho principio directamente a la víctima, dejando de lado la propia opinión del Ministerio Fiscal. Efectivamente, el principio de oportunidad aparece aquí como excepción a los principios de legalidad y oficialidad, justificando la interposición – o cesación – de acciones cuando concurren las circunstancias idóneas. Ocurre empero que dicho principio no puede ser objeto de utilización o uso indiscriminado, razón por la cual defenderemos la imposibilidad de que tales principios puedan ser puestos directamente en manos de los particulares para que tomen la decisión sobre la idoneidad de persecución de determinados delitos – mucho menos cuando algunos resultan de tanta gravedad como para alcanzar penas de hasta doce y quince años de prisión, como sucede con los delitos sexuales –. En la exposición de nuestros argumentos, no renunciaremos – y tendremos que dejarlo bien

claro desde un principio – a la más que evidente necesidad y utilidad de dicho principio, sino simplemente a que pueda ser puesto a disposición de un particular sin que ni el Ministerio Fiscal o, en su caso, el Juez o Tribunal, puedan ejercer ningún tipo de control sobre el mismo.

(5).- A medida en que el legislador ha ido paulatinamente incorporado estos delitos al Código penal, en especial en la última época protagonizada por el vigente de 1995, las excepciones y particularidades ínsitas a cada uno de los tipos penales han crecido de forma igualmente llamativa; en muchos casos, veremos, incluso contradictoria. Tanto desde el punto de vista de la vía para iniciar el procedimiento, como de la persona facultada para interponer la denuncia o querella, como de las excepciones a la regla general, en su caso, los requisitos podrán variar radicalmente en función del delito al que nos encontremos. Veremos que de hecho estamos ante un auténtico galimatías que nos llevará, en el transcurso del estudio de los aspectos generales de estos requisitos, a cuestionarnos si, además de estar justificado, el particular sistema de preseguitabilidad privada regulado en nuestro Código penal, es un sistema coherente y eficaz.

Y es que, en efecto, a partir del tratamiento pormenorizado de toda esta suerte de salvedades comenzaremos a arrojar las primeras críticas que justificarán nuestra tesis final: (a) los requisitos de perseguibilidad no sólo resultan incompatibles, tanto con los principios fundamentales sobre los que se sustenta nuestro Derecho penal, como con la propia naturaleza de cada uno de los delitos afectados, sino que (b) su regulación dentro del procedimiento penal, y en particular, las incoherencias inherentes a todos ellos, hacen que nos encontremos ante un sistema, a la postre, de inviable e injustificada aplicación.

Nos referimos a aspectos tales como, v. gr., que mientras en unos casos la legitimidad la ostenta el agraviado o el ofendido, en otros es el perjudicado el único capacitado para denunciar el delito; a que, sin razón constatable, unos delitos admiten como excepción la afección de los *intereses generales* o de una *pluralidad de personas*, pero no otros tipos penales que, no obstante, pueden afectar igualmente a ambos; a la eficacia del perdón del ofendido sólo en unos pocos supuestos; a que en unos casos el tipo exige interposición de querella para dar inicio al procedimiento, y en otros denuncia; a que unas veces el Ministerio Fiscal podrá comparecer cuando la persona agraviada sea

menor de edad, incapaz o desvalida, pero aparentemente no en todos los delitos. Sin duda alguna, toda esta suerte de inconcreciones no hace sino redundar en la necesidad de buscar algún tipo de solución alternativa a la regulación de la participación privada en el procedimiento penal.

Peor aún, en el desarrollo de esta fase del trabajo podremos observar cómo esa falta de precisión legislativa ha dado lugar además a corrientes jurisprudenciales absolutamente contradictorias, que no hacen sino aportar aún más confusión a la interpretación de estos preceptos. En efecto, tras el análisis de estas excepciones podremos observar cómo, v. gr., mientras unas sentencias restringen extremadamente la participación de personas distintas a la víctima del delito, otras permiten incluso la intervención de la acusación popular; o, cuando en unos casos la doctrina identifica el término *pluralidad de personas* con una masa indeterminada de perjudicados, en otros basta con la acreditación de más de dos de ellos; o, a que la afectación de los *intereses generales* podrá ser interpretada, según los casos, como la economía nacional en sentido amplio, o sencillamente un sector de la misma; incluso, también cuando nos encontramos ante situaciones mucho más concretas, como qué sucede si, una vez iniciado el procedimiento penal de oficio por el Ministerio Público o el representante legal, la víctima alcanza la mayoría de edad y no presenta la correspondiente denuncia: ¿bastaría aquí con la manifestación de voluntad expresada en su día por quienes le representaban en su día en el procedimiento?.

(6).- Desde el punto de vista individual, dejando de lado principios de tan alta tradición jurídico-penal como el de oportunidad o el de mínima intervención, pero relacionado con otro principio como lo es el de *lesividad* – protección de los bienes jurídicos – los requisitos de perseguibilidad buscan su justificación, además, en las particularidades de cada uno de los tipos afectados. En nuestra historia reciente fue el Código penal de 1948 el que por vez primera reguló expresamente la perseguibilidad privada, si bien únicamente respecto de dos clases de delitos muy concretos y por unos motivos político-criminales igualmente particulares: los denominados delitos contra el honor, perseguibles únicamente a instancias del ofendido, y los antiguos delitos contra la honestidad (actualmente delitos contra la libertad e indemnidad sexuales), sancionables, según los casos, bien exclusivamente a instancias del marido, bien por parte de la víctima o sus tutores, padres o abuelos. No obstante, desde el mismo momento en que el

resto de los delitos objeto del presente trabajo fueron incluidos de forma progresiva en los siguientes Códigos penales, fueron sometidos a este tipo de limitaciones en cuanto a su perseguibilidad, como sucede con el delito de abandono de familia en el año 1944, o los delitos contra la intimidad, societarios, de reproducción asistida sin consentimiento, o contra los consumidores y usuarios del Código de 1995¹, o incluso el delito de impago de pensiones expresamente regulados tras la reforma del año 1989. Únicamente las faltas y los daños imprudentes incorporaron este requisito con posterioridad a su regulación en el Código penal, en concreto, mediante la antedicha reforma propiciada por la LO 3/1989.

Sin perjuicio de que el estudio individualizado de cada uno de esos tipos penales será merecedor de una parte importante del presente trabajo, basta señalar por el momento que esa inicial perseguibilidad privada que en un primer momento estaba restringida a los delitos contra el honor y contra la honestidad, lo era sobre la base de unos motivos muy concretos. Aun cuando ambos tipos delictivos mantienen diferencias más que evidentes – ciertamente, no es lo mismo una injuria que una violación –, es claro que la interpretación que se hacía entonces de ambos bienes jurídicos – honor y honestidad – sí guardaba similitudes insoslayables, siendo considerados además objetos de protección por parte de su titular de naturaleza especialmente disponible. El estudio de tales circunstancias, deberá abarcar necesariamente la siguiente fase de este trabajo, desde una triple perspectiva: histórica, del bien jurídico protegido y desde la pretendida justificación político-criminal de estos requisitos de perseguibilidad en cada caso concreto. Este mismo esquema lo reproduciremos además para cada uno de los tipos delictivos afectados.

Anticipamos que tal circunstancia – la pretendida justificación de la perseguibilidad privada sobre la base de una especial disponibilidad del bien jurídico protegido – resulta también insuficiente para limitar las facultades del Ministerio Fiscal para perseguir. Sin duda alguna, es ésta una cuestión merecedora de un desarrollo mucho más extenso, pero

¹ En relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, el Código penal de 1928 sí optó por perseguirlos únicamente a instancias de la víctima, si bien esta tímida iniciativa no sería seguida por el siguiente de 1932. En cuanto a los delitos contra los consumidores y usuarios, aun cuando éstos no fueron expresamente regulados como tales hasta 1995, el Código preconstitucional de 1973 sí contemplaba alguna reminiscencia de algunos de esos tipos penales, como lo son los delitos de secreto de empresa y contra la propiedad intelectual e industrial, si bien entonces su tratamiento era exclusivamente público.

vaya por delante que otros muchos bienes protegidos por otros tantos tipos delictivos, como la libertad, la dignidad o la propiedad privada, resultan igualmente disponibles por su titular, sin que ello justifique que los secuestros o las estafas puedan ser perseguidos únicamente previa aquiescencia de la víctima. Tampoco es posible obviar que nos encontramos ante unos delitos que han ido evolucionando a lo largo del tiempo, especialmente los que atentan contra la libertad sexual, cuyas caducas y desfasadas concepciones doctrinales quizás pudieran haber llegado a justificar este tipo de limitaciones en tiempos remotos, pero que sin duda debieran ser sometidas ahora – o hace tiempo, en realidad – a profundas revisiones. Cuando estos ilícitos estaban vinculados a la honestidad de la víctima o la familia, entendiéndose incluso más perjudicial la publicidad inherente al propio procedimiento penal que la ofensa proferida, quizás pudiera entenderse hasta cierto punto fundamentada esa pretendida privacidad; sin embargo, ahora que tal concepción se encuentra superada por la doctrinal científica y jurisprudencial, estando actualmente vinculados esos delitos a la libertad sexual (individual) de la víctima, la reconsideración del citado argumento resulta obligada.

De igual modo, el estudio de estos delitos exigirá también una revisión de aquellos otros argumentos accesorios generalmente ofrecidos por la doctrina científica: nos referimos, además de al ya apuntado *strepitus fori* que podría redundar en el propio perjuicio de la víctima, a otros tantos como la escasa entidad de la lesión proferida, la consideración de que pueda darse la oportunidad a ésta de valorar la gravedad del daño ocasionado, la evitación de una sobrecarga de procedimientos entre nuestros Tribunales, etc.; argumentos todos ellos, que, como demostraremos, resultan igualmente insuficientes para dotar a estos tipos penales de un tratamiento privilegiado, pero que inevitablemente tendremos que tener en cuenta a fin de poder fundamentar debidamente nuestras conclusiones.

Finalmente, este análisis incluirá además una revisión de la docitrina jurisprudencial en lo concerniente a los requisitos de perseguibilidad, habida cuenta de los distintos casos conocidos en los que nuestros Tribunales han abordado este régimen de prseguibilidad, tales como BBV, ABENGOA o TABACALERA.

(7).- Decíamos además que el aumento de algunos tipos penales, igualmente, ha conllevado en algunos casos un incremento de este tipo de requisitos en nuestro Código penal. Y así es, el hecho de que nuestro Código punitivo incorpore más delitos *privados* o *semiprivados* o *semipúblicos* que nunca, es debido en parte a que actualmente sanciona también más delitos que nunca. Especialmente, en ámbitos como los económicos, mercantiles o administrativos a los que nuestro legislador penal nunca prestó mayor atención – los delitos societarios o muchos de los que atentan contra los consumidores y usuarios, son un claro ejemplo de ello –, y cuya imposición de este tipo de condiciones previas a su perseguibilidad viene determinada, qué duda cabe, para limitar el innegable afán expansivo de nuestro Derecho penal. El Derecho penal se expande, sí, pero parece hacerlo con mala conciencia.

A través del presente trabajo podremos observar con total claridad cómo esta circunstancia ha obligado, tanto al propio legislador como a nuestra doctrina, a profundizar en la búsqueda de nuevos argumentos que justifiquen el sometimiento de estos nuevos tipos penales a la previa interposición de denuncia o querrela por parte de su titular. Aun siendo ciertamente prematuro incidir aún sobre ello, sirvan por el momento como ejemplo ilustrativo los delitos societarios: tipos penales que, ni protegen bienes jurídicos protegidos especialmente disponibles como sucedía con el honor o la honestidad – al menos no más disponibles que aquellos otros protegidos por otros delitos patrimoniales *públicos* como, v. gr., la estafa –, pero que no obstante se encuentran sometidos a este tipo de condiciones; peor aún, piénsese en el delito de administración desleal, considerado por nuestro Tribunal Supremo como un delito homogéneo – de la misma naturaleza – respecto de la apropiación indebida, pero cuyo tratamiento es desde esta perspectiva claramente distinto; o muchos de los delitos que atentan contra los consumidores y usuarios, como la publicidad engañosa o la detracción de materias primas para alterar los precios del mercado, cuyos bienes objeto de tutela distan mucho de poder ser considerados de carácter privativo.

Y, adicionalmente a todo lo dicho hasta ahora, no podemos olvidar tampoco que muchos de estos tipos penales se encuentran igualmente regulados, obviamente en sus versiones menos lesivas, por otras ramas del Derecho como lo son el civil, el mercantil o el administrativo. En la medida en que la justificación de la privacidad de estos tipos penales podría asentarse, en opinión de algunos autores, en el principio de intervención

mínima del Derecho penal, también habrá que tener en cuenta tales circunstancias. Este análisis nos pondrá, a su vez, ante el dilema de si, estando reguladas la práctica totalidad de estas conductas en otras ramas del ordenamiento – privadas, además, en su mayoría – es conveniente reforzar su protección mediante delitos igualmente privados. *Ad exemplum*, y dicho en otras palabras: ¿es necesaria una regulación penal privada de los delitos contra el honor, sin la posibilidad de intervención el Ministerio Fiscal y mediante la imposición de sanciones económicas de escasa entidad, para sancionar conductas que bien podría abarcar la actual Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen?

(8).- A pesar de lo expuesto, nuestra labor no puede limitarse a la constatación de la falta de coherencia o viabilidad de este peculiar modelo de perseguibilidad privada. Antes al contrario, el tema escogido para el presente trabajo nos obliga a encontrar un régimen coherente de persecución y criminalización de estas conductas o, si se prefiere, de búsqueda de alternativas que ofrezcan un mayor protagonismo a la víctima en el procedimiento como parece haber querido el legislador, pero que no ha logrado adecuadamente. Y para ello podemos hallar vías en los modelos de justicia alternativa en los que desde hace ya algunos años vienen trabajando nuestros Jueces y Tribunales de forma experimental, pero con resultados muy positivos. Éstos encuentran base suficiente en los principios dispuestos por la ciencia penal y, en concreto, en una aplicación racional de dicho principio de oportunidad.

La última parte de nuestro trabajo la dedicaremos, de este modo, a los procesos de mediación y acuerdo que tanta expansión están teniendo en los últimos años. Al objeto de poder elegir la opción que mejor encaje en nuestro sistema penal, nuestro estudio comenzará por el análisis de las distintas opciones de estos particulares modelos de justicia, así como de sus fundamentos, principalmente en el ámbito anglosajón. De igual modo, procederemos también a señalar los últimos avances legislativos en esta materia, que como veremos irán desde algunas normas y recomendaciones de carácter internacional, como la Recopilación de Reglas y Normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal, a otras intracomunitarias, como la Recomendación R (99) de 15 de septiembre, sobre la mediación penal. En el ámbito nacional, nos centraremos en el estudio de experiencias previas como la Ley de

Responsabilidad del Menor, así como en los programas piloto que actualmente están siendo aplicados bajo la supervisión directa del Consejo General del Poder Judicial, cuyos buenos resultados han propiciado que, actualmente, el anteproyecto del Código Procesal Penal regule expresamente el instituto de la mediación.

Este análisis nos ayudará a confirmar la mayor eficacia de la mediación como mecanismo de solución anticipada del litigio frente a los problemas planteados por los requisitos de perseguibilidad privada, tanto por no anular el papel de la Administración de Justicia en la forma en la que actualmente lo hacen los delitos privados, como por resolver más eficientemente circunstancias tales como la resocialización del delincuente, el rápido resarcimiento de la víctima o la descongestión de los Tribunales. Ahora bien, en la medida en que la justicia restaurativa supone, nuevamente, una excepción a los postulados tradicionales de nuestro sistema penal, la necesidad de asegurar de los principios fundamentales que pudieran verse afectados nos obligará a realizar algunas precisiones en cuanto a su regulación. Dichas cuestiones irán desde el órgano encargado de supervisar los procesos de mediación, a los delitos y presupuestos bajo los cuales cada supuesto podrá ser sometido a este régimen especial de solución de conflictos penales.

Con todo ello, en suma, se presenta un juicio crítico de la situación actual, y una alternativa de solución, respetuosa, entendemos, con los postulados larga y esforzadamente logrados por la doctrina penal moderna.

PRIMERA PARTE
Pilares de la perseguibilidad privada en el Código penal

CAPÍTULO I. - PUNTO DE PARTIDA: REQUISITOS DE PERSEGUIBILIDAD PRIVADA EN EL CÓDIGO PENAL

§ I. 1. - Privacidad del Derecho penal como excepción a la regla general

(1).- Entendidos como aquellos que hacen depender la persecución del delito de la voluntad del ofendido o agraviado, nuestro Código penal prevé únicamente, como *requisitos de perseguibilidad privada*, la previa interposición de querella y/o denuncia para la incoación – o continuación en su caso – del procedimiento. Si alguna de éstas faltase, siendo preceptiva, o la víctima no hubiere subsanado dicho requisito al inicio del procedimiento penal, éste estará condenado al archivo sin posibilidad de condena para el agresor.

La presentación de querella es exigida a la persona ofendida en los delitos de calumnias e injurias cometidos por particulares², y también al Ministerio Fiscal en los de agresiones, acoso o abusos sexuales cuando no concurriere denuncia por parte del agraviado. El resto de ilícitos sometidos a estas condiciones presenta una mayor laxitud, bastando con la denuncia de las personas legitimadas para la interposición de la acción penal, que es exigida únicamente en unos pocos delitos económicos, los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, los delitos contra la intimidad, algunos de los delitos contra las relaciones familiares, el delito de reproducción asistida sin consentimiento y en determinadas faltas. A su vez, en función del tipo delictivo y de las exigencias particulares del requisito de perseguibilidad en cuestión, la voluntad del ofendido podrá tener más o menos influencia en el transcurso del procedimiento. *Ad exempum*: la *privacidad* del delito de calumnias otorga a la víctima el pleno control del

² Este tipo de delitos exige adicionalmente, por su especial naturaleza, otro requisito o condición previa prevista en los arts. 278 LECrim., párrafo primero, y 804 LECrim., consistente en la presentación, junto con la querella, de la certificación de haber intentado previamente la conciliación entre querellante y querrellado.

procedimiento en todo momento, primero, impidiendo la participación del Ministerio Público en el mismo, y segundo, dotando de plena eficacia a la figura del perdón del ofendido; por el contrario, otros delitos como los societarios, además de no contemplar tales circunstancias, presentan una menor rigurosidad al admitir excepciones a la regla general – cuando se vean afectados los intereses generales o una pluralidad de personas – que, de concurrir, convertirán a estos delitos en *públicos* y perseguibles directamente de oficio.

(2).- Por otro lado, los antedichos requisitos no son los únicos que implican la imposición de limitaciones a la punibilidad de determinados delitos desde el punto de vista de su perseguibilidad. En efecto, nuestras leyes penales y procesales contemplan otras figuras y excepciones de muy similar naturaleza como sucede con la licencia del Juez o Tribunal para perseguir las calumnias o injurias vertidas en juicio, a las que hacen referencia los arts. 215.3 del Código penal y 279 y 805 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo fundamento reside en, según el Tribunal Constitucional, la necesidad de ofrecer cierta protección a aquellas personas que intervienen en el proceso de una posible querrela infundada por las declaraciones que realicen en el decurso de éste, que bien podrían estar motivadas por el especial estado de excitación en que se encuentran los intervinientes en ese momento³. Este tipo de limitaciones son, de hecho, verdaderamente numerosas y dispares en nuestro Código penal – las abordaremos con mayor profundidad *infra* –, pudiendo destacarse también las inmunidades o inviolabilidades para el procesamiento o imputación de Diputados y Senadores derivadas de los arts. 71.2 CE y 5 de la Ley de 9 de febrero de 1912.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con estas últimas, en las que esa concreta limitación descansa en hechos objetivos o, en el peor de los casos, la opinión de un tercero – voluntad del Juez o del Congreso o el Senado, previa petición del Tribunal Supremo, en los supuestos señalados –, la exigencia de denuncia o querrela son las únicas excepciones que conllevan la subordinación estatal en favor de intereses exclusivamente particulares de la víctima. Es aquí donde reside la verdadera *privacidad* del Derecho penal, auténtica excepcionalidad en nuestro Derecho penal, caracterizado por dotar al *ius puniendi* de unas atribuciones, si bien no del todo monopolísticas, sí

³ Vid., por todas, STC 100/1987, de 12 de junio.

altamente activas y participativas en el procedimiento penal, como no podía ser de otro modo.

Así es, en nuestro Código penal ésta es la excepción a la regla general, pues en la inmensa mayoría de los casos los tipos delictivos gozan de un carácter eminentemente público, estando obligado el Ministerio Fiscal a perseguirlos, y el Juez a sancionarlos, con independencia de la opinión de la víctima, que no obstante es plenamente libre de ejercer conjuntamente la acusación particular. En el Derecho comparado las diferencias son aún más drásticas, pues aun cuando efectivamente podemos encontrar casos de requisitos de privacidad similares a los aquí estudiados, el derecho a tomar parte en el proceso penal, junto al Ministerio Público, es sensiblemente más restringido, limitándose a los perjudicados civiles – Código procesal italiano (arts. 74 y ss.), francés (arts. 85 y ss.), portugués (arts. 71 y ss.) –, a una participación adhesiva supeditada a la del Fiscal – Alemania (StPO § 395) –, o a aceptar una participación subsidiaria en el caso del desistimiento del Fiscal – Austria (StPO §§ 46 y ss.) –. Admitir, por tanto, la subordinación del *ius puniendi* a intereses particulares, reconociendo incluso, como veremos más adelante, la no participación del Ministerio Fiscal en los casos más extremos, supone ir claramente en contra de dicha tendencia restrictiva.

§ I. 2. - Delitos sometidos a requisitos de perseguibilidad privada: un intento de sistemática

(1).- Una de las características diferenciales del vigente Código penal en relación con sus antecesores es, precisamente, la mayor proliferación de delitos subordinados a la expresa voluntad del agraviado u ofendido mediante la previa interposición de denuncia o querella. Tradicionalmente, los únicos delitos sometidos a este tipo de limitaciones han sido los delitos contra el honor y los antiguamente denominados delitos contra la honestidad⁴. El anterior texto refundido de 1973 ya supuso una clara revolución respecto del anterior Código de 1944 – en parte, a partir de la reforma operada por la

⁴ En efecto, el primer Código penal de 1922 ya estableció una clara distinción entre delitos públicos y privados, estando entre estos últimos, las injurias, algunos casos de adulterio y estupro y delitos y faltas de menor entidad que no conllevasen pena corporal o infamia. Tal privacidad, a partir del siguiente Código penal de 1948, como veremos, se concretaría en los citados delitos contra el honor y la honestidad – actualmente denominados contra la *libertad sexual* –.

LO 3/1989, de 21 de junio –, al someter también un mayor número de tipos delictivos a este tipo de condiciones de perseguibilidad⁵. Sin embargo, con la entrada en vigor del Código de 1995 este tipo de limitaciones ha experimentado un mayor desarrollo, provocado en gran medida por la inclusión de nuevos tipos penales, desconocidos hasta el momento en la ciencia penal, y estrechamente emparentados con ilícitos de otras materias como la mercantil, la civil o la administrativa. Posteriormente, las sucesivas reformas llevadas a cabo en este último Código punitivo han afectado igualmente a la perseguibilidad privada de estos tipos delictivos, incluso, en algunos casos, reconvirtiendo en públicos determinados delitos concebidos inicialmente como privados.

Sin duda alguna, debido a que estos requisitos pretenden apoyarse en fundamentos de muy distinta naturaleza, afectan a una diversidad de delitos absolutamente dispares con escasa vinculación entre sí. Hasta tal punto esto es así que ya hemos dicho que, en función de la clase de delito ante el que nos encontremos, las exigencias de cumplimiento de este tipo de condiciones de perseguibilidad y sus consecuencias y efectos podrán variar por completo. Por este motivo, la doctrina científica y jurisprudencial tiende a clasificar los delitos en las siguientes tres grandes categorías⁶: (a) *delitos públicos*, perseguibles por cualquiera de las modalidades previstas en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal; (b) *delitos privados*, en los que la acción pertenece exclusivamente al que se considera, debida o indebidamente, ofendido o agraviado por

⁵ En el anterior Código punitivo de 1973 los delitos sometidos a requisitos de perseguibilidad eran los siguientes: en cuanto a los delitos, exhibicionismo y provocación sexual (art. 431.II), violación, agresión sexual, estupro y rapto (art. 443), injurias y calumnias contra particulares cometidas por escrito y con publicidad (arts. 463 y 467, y art. 4 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona), abandono de familia (art. 487.IV), escándalo público (art. 431.II), daños causados por imprudencia temeraria siempre que la cuantía superara la cobertura del seguro obligatorio (art. 563.II, en relación con la disposición adicional 4ª de la LO 3/1989, de 21 de junio), y delitos previstos con ocasión de ventas a plazos de bienes inmuebles (art. 12 de la Ley de 17 de julio de 1965); y en cuanto a las faltas, las de amenazas y coacciones (art. 585), lesiones por imprudencia o negligencia simple (art. 586 bis), alteración de lindes y distracción del curso de las aguas (art. 589), entrada en heredad cerrada (art. 590), entrada de ganados en heredad ajena (art. 594), y daños por imprudencia simple con infracción de reglamentos y cuantía superior a la del seguro obligatorio (art. 600).

⁶ El uso de dicha categorización está prácticamente generalizado, tanto entre la doctrina como entre la jurisprudencia. Vid., entre otros muchos ejemplos, MARTÍN PALLÍN, J. A., *La prescripción de los delitos, ¿mera política criminal o derecho fundamental?*, La Ley, N.º 6929, 21 de abril de 2008, Año XXIX, Ref. D-122. En parecido sentido, vid. también FARALDO CABANA, P *Rasgos comunes a todos los delitos societarios. Los artículos 296 y 297 del Código penal de 1995*, en *El nuevo Código penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, 1998, pág. 51.

el delito; y (c) *delitos semipúblicos o semiprivados*⁷, según se vea, que precisan de denuncia del ofendido o agraviado para su persecución y, sólo si cumplen determinados presupuestos, por parte del Ministerio Público.

Esta clasificación, no obstante, no aparece reflejada como tal ni en el Código penal ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien actualmente vienen a establecer implícitamente otra categorización similar, aunque todavía más simple, distinguiendo las infracciones *perseguidas de oficio* de las *perseguidas a instancia de parte*, no sólo en los artículos relativos a las injurias y calumnias – arts. 275 y 278 LECrim. –, sino en otros tantos como los arts. 282 ó 273 LECrim. En parecido sentido, esta clasificación también podemos inferirla del distinto tratamiento que hace el Derecho procesal entre acusaciones privadas y públicas, a las que nos referiremos *infra*. Por su parte, el Código penal hace esa misma distinción en sus arts. 124 y 126.

(2).- Las antedichas categorizaciones dogmáticas son, sin embargo, insuficientes para ordenar coherentemente los delitos que exigen algún tipo de condición de perseguibilidad. Dadas las distintas especialidades que según el Código penal concurren en cada uno de los casos, tanto desde el punto de vista de los concretos requisitos exigidos en función de cada ilícito, como por las consecuencias que derivadas de los mismos, es necesaria una clasificación mucho más ajustada. Y es que mientras en unos casos, tras la denuncia o querrela del agraviado, ofendido o perjudicado, éste conserva

⁷ Aun cuando tradicionalmente la doctrina ha empleado indistintamente la denominación *semipública* o *semiprivada*, determinados sectores han optado sólo por una de ellas. A favor del término *semipúblico* se ha postulado, v. gr., MARTÍNEZ PEREDA, J. M. *El proceso por delito privado*, Bosch, Barcelona, 1976, pág. 12 y ss., atendiendo a (i) la posibilidad de que en dichos delitos pueda intervenir el Fiscal en supuestos tales como la minoría de edad; (ii) la escasa eficacia que ofrece el perdón del ofendido en estos casos; y (iii) por así haberlo establecido nuestro Tribunal Supremo, cuando la primera vez que se refirió a este tipo de delitos fue en su sentencia de 24 de enero de 1957 empleando la denominación “semipúblicos”. Por el contrario, IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. L. *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, Dykinson, Madrid, 1993, pág. 58, apuesta por el término *semiprivado* en la inteligencia de que (i) dado que la intervención del Ministerio Público se reduce a supuestos muy escasos y específicos, ésta no desnaturaliza en modo alguno su componente de privacidad; (ii) en cuanto a la figura del perdón, es perfectamente discutible dado que – al margen de existir una doctrina científica que directamente ha optado por su desaparición por su escasa justificación (y en este sentido estas limitaciones podrían suponer los primeros esbozos de su supresión en el Código penal), su limitación puede venir justificada por otras razones tales como evitar que la misma sea utilizada como medio para la obtención de una compensación económica, o para recibir presiones directas o indirectas para finalizar el proceso – la característica esencial de los delitos privados es su iniciación mediante denuncia o querrela del particular, que en nada se ve afectada por la eficacia del perdón; y (iii), por último, porque esa primera sentencia de 24 de enero de 1957 hablaba de delitos semipúblicos por cuanto que abordaba los denominados “abusos deshonestos”, que hasta el año 1932 fueron considerados como delitos públicos, no siendo considerados delitos privados hasta 1944, motivo por el cual, al abandonar paulatinamente su condición pública hacia la privada, fueron llamados de dicha manera.

cierto control sobre el procedimiento al poder ponerle término desde el mismo instante en que otorgue el perdón al delincuente⁸, en otros casos dicha circunstancia no extingue en modo alguno, ni la acción penal, ni las responsabilidades derivadas del delito. Para una correcta clasificación de estos delitos es imprescindible atender, en consecuencia, tanto a la legitimación para la interposición de la acción penal – es decir, quién se encuentra habilitado para iniciar el procedimiento –, como a la ostentación de la pretensión penal en función de la capacidad para poner fin al procedimiento una vez iniciado. Existen por tanto, vistos los diferentes requisitos exigidos, unos delitos con un mayor componente de especial disponibilidad – *privacidad* – que otros.

Es por ello que, siguiendo un criterio lógico en función de sus implicaciones y del ya referido componente de *privacidad*, éstos han sido objeto de distintas clasificaciones por parte de la doctrina más especializada en los últimos años. Así, partiremos de las alternativas planteadas más recientemente⁹, si bien adaptándolas a las últimas reformas acaecidas en nuestro Código penal que han afectado a estos delitos, bien eliminando dicho requisito en determinados tipos donde tradicionalmente se venía exigiendo – v. gr., delitos contra la propiedad intelectual o industrial, delito de maquinación para alterar el precio de las cosas o de abuso de información privilegiada –, bien con la incorporación de nuevos delitos sometidos a este tipo de condiciones – delito de estafa a inversores –, bien modificando las características concretas del requisito de perseguibilidad en cuestión – delitos de injurias y calumnias o de daños imprudentes –. Visto el distinto alcance de cada uno de los requisitos de perseguibilidad, la necesidad de establecer una clasificación más precisa al margen de la clásica distinción entre *públicos* y *privados* está más que justificada.

⁸ También con posterioridad a la imposición de la pena, al establecer el art. 86 CP que los propios perjudicados conservarán cierta influencia en cuanto a su ejecución: “En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de suspensión de la pena.”

⁹ Cfr. ALONSO RIMO, A. *Víctima y Sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 197 y ss., que diferencia entre las *infracciones privadas*, *infracciones semiprivadas*, *infracciones semipúblicas* e *infracciones cuasipúblicas*; también GIMENO SENDRA, V./CONDE-PUMPIDO, C./GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Los procesos penales*, Tomo 2, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 79 y ss, que si bien no comparte exactamente esos mismos criterios, distingue entre *delitos privados* que darían lugar a la “acción penal en exclusiva” por parte del particular; y la “acción penal privada relativa” que cabría interponer por parte del ofendido en los *delitos semipúblicos con interés privado*, los *delitos semipúblicos puros* y, en último lugar, los *delitos semipúblicos con interés público*. Esta misma clasificación es reproducida también en GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*, Thomson Reuters, Navarra, 2012, pág. 243 y ss., sobre la base de la distinción entre la acción penal, ejercitada por el ofendido, y la pretensión que ostenta el Ministerio Fiscal.

Categorización ésta que, al objeto de dotar de la mayor simplicidad posible, pivotará sobre los siguientes criterios: (a) exigencia de denuncia o querella; (b) participación del Ministerio Fiscal; (c) eficacia del perdón del ofendido; y (d) existencia de excepciones a la norma general. Aun cuando, como veremos, mientras casi todos los delitos, con la única excepción de las injurias y calumnias, admiten la denuncia del Fiscal en supuestos de *menores, incapaces o personas desvalidas*, lo cierto es que tal circunstancia carece de importancia a los efectos que aquí nos ocupan. En efecto, en la medida en que el Ministerio Fiscal cuenta entre sus obligaciones la de defender a estos colectivos de personas, en general en todos los delitos, e incluso también en los ilícitos civiles que les afecten – art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal –, tales apreciaciones resultan aquí innecesarias. Así, v. gr., pese a que en los delitos de injurias y calumnias serán por lo general los padres quienes asuman la representación de sus hijos en un eventual procedimiento penal, la Fiscalía de Menores también podría asumir dicha tarea en su defecto, aun no estando expresamente previsto en el art. 201, tal y como así ha sido reconocido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores¹⁰.

(I).- *Delitos privados*, caracterizados por permitir únicamente su persecución previa interposición de *querella* por parte del ofendido, quien conserva además el control completo del procedimiento al tener capacidad de ponerle fin en cualquier momento mediante la eficacia del *perdón del ofendido*. De entre todos los delitos contemplados en el Código penal, es además el único caso en el que el Ministerio Fiscal no tiene

¹⁰ Así lo reconoce la propia Circular, aunque con algunos matices: “Ambas previsiones de carácter general (en referencia a las condiciones de perseguibilidad) quedan exceptuadas en el específico ámbito de la LORPM que, al imponer la aplicación de su régimen de instrucción y enjuiciamiento a toda clase de delitos y faltas sin excepción alguna por razón de su naturaleza – art. 1.1 –, hace extensiva a los delitos privados la prohibición de ejercicio de la acción penal por particulares – art. 25 párrafo 1 – y el impulso de oficio. / Esto significa que corresponde al Fiscal ejercitar la acción penal por delitos de injurias y calumnias cometidos por menores, conservando el ofendido su poder de disposición sobre la misma, pues, de una parte, no se puede perseguir el delito sino a su instancia – art. 215.1 CP – y de otra, puede otorgar su perdón en cualquier momento del proceso, extinguiendo la responsabilidad penal – art. 215.3 CP –. / Sin perjuicio de su indudable idoneidad como vehículo para transmitir la *notitia criminis* y la voluntad de perseguir el delito imputado, la necesaria adaptación del régimen de perseguibilidad de los delitos privados al proceso penal de menores obliga a modular la exigencia de la propia querella referida en el art. 215.1 CP. En efecto, el ofendido por un delito privado puede dirigirse al Fiscal manifestándole de modo explícito su interés en la persecución y castigo del mismo cuando haya sido cometido por un menor. / (...) Si el Fiscal tuviere conocimiento de los hechos por otras fuentes, se abstendrá de toda actuación, inclusive de la incoación de Diligencias Preliminares, pues sin iniciativa del ofendido no podrá emprender acto alguno de relevancia procesal.”

ningún tipo de legitimación para intervenir, siendo el ofendido el único titular, tanto de la acción¹¹ como de la pretensión penal – salvo las excepciones que acabamos de citar en relación con los menores, incapaces y desvalidos –.

Los delitos privados se distinguen además por la exigencia de querrela por parte del ofendido, a diferencia del resto de los que veremos a continuación, que simplemente exigen la presentación de denuncia contra el agresor.

Los denominados *delitos privados* son los de calumnias e injurias cometidos contra particulares, previstos en los arts. 205 a 210, al disponer el art. 215:

«1. Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.

«2. Nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria vertidas en juicio sin previa licencia del Juez o Tribunal que de él conociere o hubiere conocido.

«3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130 de este Código.»

(II).- *Delitos semiprivados*, que permiten la iniciación del procedimiento mediante la previa interposición de *denuncia* por parte de la persona ofendida o agraviada – no sólo querrela –. En estos casos, además, el agraviado seguirá ostentando pleno control sobre el procedimiento penal al poder poner fin al mismo, nuevamente, desde el mismo instante en que sea otorgado el perdón. Los ilícitos que comprenden este segundo grupo son los siguientes:

II. 1.- Dentro de los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio – Título X del Código penal –, los referidos en los arts. 197, 199 y 200, al disponer el art. 201:

¹¹ Vid. art. 105 LECrim.: “Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada.”; vid. también la Consulta 7/1997, de 15 de julio, de la Fiscalía General del Estado.

«1. Para proceder por los delitos previstos en este Capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

«2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

«3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130.»

II. 2.- Entre los delitos de daños del Capítulo IX del Título XIII – relativo a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico –, los causados por imprudencia del art. 267, párrafo primero, al disponer los párrafos segundo y tercero:

«2. Las infracciones a que se refiere este artículo sólo serán perseguibles previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. El Ministerio Fiscal también podrá denunciar cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida.

«3. En estos casos, el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130 de este Código.»

II. 3.- Entre las distintas modalidades de faltas:

a. Faltas de amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos, o amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas de carácter leve, previstas en el art. 620, al contemplar ese mismo precepto, párrafo segundo:

«Los hechos descritos en los dos números anteriores (arts. 620.1º y .2º) sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.»

- b. Falta de lesiones causadas por imprudencia grave o leve, muerte por imprudencia leve, incluso si el hecho se cometiera con arma o vehículo a motor o ciclomotor, en cuyo caso el art. 621.6 afirma:

«Las infracciones penadas en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.»

- c. Falta contra el patrimonio alteración de términos, lindes y heredades con perjuicios inferiores a 400 €, prevista en el art. 624.1:

«El que ejecutare los actos comprendidos en el artículo 246 será castigado con multa de 10 a 30 días si la utilidad no excede de 400 euros o no sea estimable, siempre que medie denuncia del perjudicado.»

En relación con las faltas, hay que tener en cuenta además que el art. 639 que regula sus disposiciones comunes establece que éstas podrán ser perseguibles a instancias del Ministerio Fiscal en los siguientes términos:

«En las faltas perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, incapaz o una persona desvalida.

«La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención.

«En estas faltas, el perdón del ofendido o su representante legal extinguirá la acción penal o la pena impuesta, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130¹².»

(III).- *Delitos semipúblicos*, que si bien siguen exigiendo denuncia por parte de la persona agraviada, ya no admiten la posibilidad de extinción de la acción mediando el perdón del perjudicado. En estos casos, una vez que el perjudicado denuncia el hecho

¹² Nótese aquí además la existencia de un error en el último párrafo transcrito, al hacer referencia al párrafo 4º del artículo 130 en vez de al 5º. Tras la re-numeración de este precepto, propiciada por la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, el antedicho apartado 4 hace referencia al indulto como causa de extinción de la responsabilidad criminal en lugar de al perdón del ofendido. Al no haberse actualizado con la última reforma del Código penal operada por la LO 5/1010, de 22 de junio, como sí se hizo con el resto de delito afectados, sin duda por algún despiste del legislador, el art. 639 se refiere equivocadamente a dicho apartado en vez de al número 5º.

delictivo, deja de tener el control del procedimiento penal. Los delitos que presentan estas características son los dos siguientes:

III. 1.- Dentro de los delitos relativos a la manipulación genética – Título V del Libro II de nuestro Código penal –, el comprendido en el art. 161.1 relativo a la reproducción asistida sin consentimiento. En concreto, el art. 161.2 establece el siguiente requisito de perseguibilidad:

«Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.»

III.2.- Dentro de los delitos contra las relaciones familiares – Título XII –, los delitos de abandono de familia e impago de pensiones previstos en los arts. 226 y 227 respectivamente, disponiendo el siguiente art. 228:

«Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.»

(IV).- *Delitos cuasipúblicos*, en los que el Ministerio Público tiene una mayor capacidad de influencia, al tener cierta libertad para iniciar el procedimiento penal formulando la oportuna denuncia o querella – según los casos –, y en los que, una vez más, el perdón del ofendido no evita las consecuencias del delito. Estos delitos son los siguientes:

IV. 1.- Dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico – Título XIII –, lo siguientes:

a. Entre los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores del Capítulo XI, la mayoría de los comprendidos en la Sección 3ª de este Capítulo, en concreto, los contemplados en los arts. 278 a 283 y 286. Para tales supuestos dispone el art. 287:

«1. Para proceder por los delitos previstos en la Sección 3ª de este Capítulo, excepto los previstos en los artículos 284 y 285, será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

«2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas¹³.»

b. Delitos societarios previstos en los arts. 290 a 295, al disponer el art. 296.1 CP lo siguiente:

«1. Los hechos descritos en el presente Capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

«2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.»

IV. 2.- Dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales – Título VII – los delitos de agresiones referidos en los arts. 178 a 180, los abusos sexuales de los arts. 181 a 183 y el de acoso sexual penado por el art. 184. Para estos delitos, dispone el art. 191¹⁴:

¹³ Esta redacción fue modificada tras la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio. Sin perjuicio de su posterior desarrollo *ut infra*, basta con señalar por el momento que, mientras con anterioridad este requisito de perseguibilidad afectaba a toda la Sección 3ª, ahora el Código exceptúa del sometimiento de dicha obligación a los delitos relativos a la alteración de precios mediante la utilización de información privilegiada, difusión de noticias falsas o mediante violencia amenaza o engaño, junto con el tradicional delito de enriquecimiento ilícito mediante uso de información privilegiada.

¹⁴ La novedad de este art. 191 CP 1995 en relación al antiguo art. 443 CP 1973 radica en que ahora el Ministerio Fiscal puede interponer querrela en defecto de la persona ofendida “ponderando los legítimos intereses en presencia”. Vid., por el momento, GÓMEZ COLOMER, J. L. *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 122, para quien la expresión de la necesidad de presentación de querrela por parte del Ministerio Público puede dar lugar a error, dando la sensación de que el delito pasa a ser privado, cuando en los delitos exclusivamente privados no está permitida la presencia del aquél. Lo que realmente se pretende con esta redacción es que el delito pasa de ser privado o semipúblico, a ser público, en consonancia con la moderna tendencia a castigar más gravemente los delitos sexuales, pero dependiendo de criterios de oportunidad de persecución, lo que convierte este supuesto en un delito de difícil clasificación, al obligar al Fiscal a iniciar el proceso sólo mediante querrela.

«1. Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.

«2. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase.»

(3).- Aun siendo cierto que el vigente Código penal ha incluido más condiciones de perseguibilidad que nunca, es verdad también que algunas de ellas han sido eliminadas con motivo de algunas reformas acaecidas con posterioridad. La relajación de este tipo de criterios no es, por lo demás, algo novedoso, pues conforme el legislador ha ido revisando los tipos penales, también ha ido corrigiendo su perseguibilidad, ajustándola a las necesidades sociales de cada momento. Así, v. gr, mientras antiguamente los denominados *delitos privados* lo componían un número mayor al actual, éstos han ido reduciéndose de forma paulatina, entre otros, en virtud del Código penal de 1944, conforme al cual el delito de estupro procedió a perseguirse mediante la interposición de denuncia, pero sin exigirse ya la interposición de querella al estilo de los delitos privados ya referidos; y lo mismo sucede tras la despenalización de los delitos de amancebamiento y adulterio con la Ley 22/1978, de 26 de mayo. A partir de dicho momento, los únicos delitos considerados privados serían los de injurias y calumnias.

(4).- Por lo que respecta al Código penal vigente, las reformas llevadas a cabo en cuanto a la perseguibilidad privada de este tipo de ilícitos son las siguientes:

(a) Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, que con la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, pasarían a ser considerados ilícitos de naturaleza pública perseguibles directamente de oficio. En efecto, mientras la redacción original del art. 287 afectaba a todo el Capítulo XI del Título XIII, tras dicha reforma únicamente pasaría a admitirse la privacidad respecto de la Sección 3ª – delitos contra el mercado y los consumidores –.

(b) Posteriormente, tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, esta exigencia se limitaría aún más incluso entre la anterior Sección 3ª, quedando fuera expresamente los

delitos comúnmente conocidos como de alteración del precio de las cosas del art. 284 y de abuso de información privilegiada del art. 285.

Adicionalmente, hay que destacar también que esta reforma incorporó dos nuevos delitos en ese mismo Capítulo. Por un lado, el delito de estafa a inversores, art. 282 bis, incluido en la referida Sección 3ª y sometido a condición de perseguibilidad privada. De otro, el delito de corrupción entre particulares del art. 286 bis, único precepto integrante de la nueva Sección 4ª – de la corrupción entre particulares – del Capítulo. Incorporaciones éstas que, al menos en apariencia, parecen cargadas de cierta incongruencia, pues a simple vista parecería más lógico que el tratamiento hubiera sido precisamente a la inversa: considerar como un delito público al primero de ellos, además de por estar estrechamente emparentado con la estafa tradicional – delito perseguible de oficio –, por ser considerado un *delito bursátil* junto con los de los arts. 284 y 285 – también públicos a partir de esa misma reforma –; y exigir, en su caso, denuncia privada a la corrupción entre particulares, por proteger un bien jurídico que, si bien evidentemente siempre estará relacionado con la supra-individualidad de la libertad de mercado, afecta más directamente a los intereses individuales del empresario que el anterior, al estilo de lo que sucede con los delitos de revelación y secretos de empresa de los arts. 287 a 280.

Salta a la vista, en consecuencia, la diversidad de delitos a los que nos enfrentamos, así como de la necesidad del estudio de los motivos por los cuales delitos como los citados tendrían como nexo en común su sometimiento a la previa interposición de denuncia por el ofendido. Dicho análisis se justifica, además, por el diferente tratamiento de la perseguibilidad privada de cada uno de ellos que acabamos de ver.

§ I. 3. - Conclusiones

(1).- La *perseguibilidad privada* del Derecho penal únicamente se materializa a través de la exigencia de denuncia y querella privadas en determinados tipos penales. Existen otras figuras similares que también imponen límites a la punibilidad, si bien las

primeras son las únicas que conllevan una subordinación del *ius puniendi* en favor de los intereses exclusivamente particulares del perjudicado u ofendido.

(2).- Los delitos afectados por este tipo de requisitos son verdaderamente dispares y con escasas vinculaciones entre sí. Afectan además a supuestos muy puntuales y de forma muy excepcional. Sirva como ejemplo que, dentro de los delitos contra la manipulación genética, únicamente afecta a la reproducción asistida sin consentimiento del art. 161; dentro de los delitos patrimoniales, únicamente a los daños imprudentes del art. 267; a su vez, entre los delitos tradicionalmente conocidos como socio-económicos, mientras algunos de ellos efectivamente exigen denuncia privada, otros de similar naturaleza pueden ser perseguibles públicamente aun siendo considerados delitos homogéneos por la jurisprudencia – delitos de apropiación indebida y de administración desleal –; dentro de los delitos conocidos como bursátiles – estafa a inversores, maquinación para alterar el precio de las cosas y uso indebido de información privilegiada – la denuncia privada únicamente es exigible en el primero de los supuestos, a pesar de estar estrechamente relacionado con el delito (público) de estafa y aun siendo el bien objeto de protección muy similar.

De igual modo, la distinta naturaleza de todos estos delitos hace difícil poder pensar que exista algún tipo de nexo o fundamento común que justifique este especial tratamiento. Nótese a este respecto que este requisito es exigido en supuestos tan diferentes como determinados delitos contra la libertad sexual, cuyas penas en algunos casos puede alcanzar los doce y quince años de prisión, pero también aparece vinculado a, entre otras, algunas faltas de mucha menor entidad.

De otro lado, los requisitos exigidos en estos delitos pueden variar enormemente, así como sus consecuencias. En efecto, mientras unos delitos impiden la participación del Ministerio Fiscal y permiten a la víctima ostentar el control sobre el procedimiento en todo momento, otros casos contemplan excepciones que podrían llevar a considerar este tipo de ilícitos como públicos o privados en función de las circunstancias concretas del caso.

(3).- Tal y como viene siendo reconocido desde hace algún tiempo, dada la pluralidad de delitos afectados por estos requisitos, la tradicional distinción entre públicos y

privados resulta insuficiente para ordenar coherentemente estos ilícitos. De ahí que haya que acoger otro tipo de clasificaciones alternativas mucho más ajustadas, apuntadas desde hace algún tiempo por ciertos sectores doctrinales, en función los siguientes criterios: (a) exigencia de denuncia o querella; (b) participación del Ministerio Fiscal; (c) eficacia del perdón del ofendido; y (d) existencia de excepciones a la norma general. Así, podríamos distinguir entre los siguientes:

- a) *Delitos privados*: calumnias e injurias – arts. 205 y ss., con la excepción de las dirigidas contra funcionario público, autoridad o agente sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, que se perseguirán de oficio –.
- b) *Delitos semiprivados*: delitos contra la intimidad – arts. 197, 199 y 200 –; daños causados por imprudencia – art. 267 –; y determinadas faltas – arts. 620.1 y .2, 621.6 y 624.1 –.
- c) *Delitos semipúblicos*: reproducción asistida sin consentimiento – art. 161 –; y delitos de abandono de familia e impago de pensiones – arts. 226 y 227, respectivamente –.
- d) *Delitos cuasipúblicos*: algunos de los delitos contra los consumidores y usuarios – arts. 278 a 283 y 286 –; delitos societarios – arts. 295 y ss. –; y delitos de agresiones, abusos y acoso sexuales – arts. 178 y ss. –.

CAPÍTULO II. - PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PENAL MODERNO

§ II. 1. - Nacimiento del Derecho penal moderno: neutralización de la víctima como manifestación lógica de la distinción entre el Derecho público y el privado

(1).- El papel de la víctima en el proceso penal viene siendo objeto de una evolución constante desde sus mismos inicios, pudiendo encontrarnos con posiciones que irían desde el control casi absoluto de las consecuencias del delito por parte del ofendido, a la consideración del mismo como mero sujeto pasivo y titular del bien jurídico protegido, aunque sin ningún tipo de influencia sobre el procedimiento.

Si lo concebimos como una vía de resarcimiento personal en la que la víctima es considerada la figura principal del delito y la única con capacidad para reaccionar ante el mismo, el *Derecho penal privado* como tal únicamente ha existido fugazmente y en una etapa muy germinal, cuando los conflictos podían resolverse a través de la denominada *venganza de sangre*. Algunos autores dudan, incluso, de si es plausible hablar de la existencia del Derecho en tiempos tan remotos, habida cuenta del incipiente estado en que se encontraba la sociedad, donde instituciones como la propiedad privada o el poder político aún no estaban suficientemente definidas, existiendo una absoluta confusión de normas religiosas, rituales y algunas otras dotadas de cierto carácter jurídico¹⁵. Sí es posible, sin embargo, apreciar, también desde bien temprano – aunque una vez superados esos comienzos –, la existencia de una suerte justicia privada similar a la que conocemos en la actualidad, esto es, bajo la tutela de alguna forma de autoridad ajena a la propia víctima. En efecto, desde una fase también muy inicial podemos encontrar formas de *privacidad* estrechamente relacionadas con lo que aquí hemos denominado delitos privados – injurias y calumnias –, es decir, en las que el ofendido (o su familia, por lo general) tenía plena capacidad de disposición del procedimiento, especialmente en lo referente al poder de decisión sobre la conveniencia para perseguir

¹⁵ Así, no sería hasta que la sociedad adquiriese una mayor madurez cuando nacería el Derecho tal y como es concebido en la actualidad. Vid. en este sentido TOMÁS Y VALIENTE, T. *Manual de historia del Derecho español*, 4ª ed., Tecnos, 1997, Madrid, pág. 71 y ss.

el ilícito en cuestión de forma autónoma y sin el apoyo del Fiscal, aunque sometido en todo momento al control de un orden superior. De hecho, veremos a lo largo de las siguientes páginas que la *ratio* de la coexistencia de determinados ilícitos privados y públicos, conforme el Derecho iba evolucionando y adquiriendo formas mucho más complejas, fue la misma que aún perdura en nuestros días, esto es, la existencia de unos delitos con una mayor alarma social y merecedoras de un mayor reproche a aplicar directamente por la autoridad dada su especial lesividad, junto a otros más estrechamente relacionados con los intereses particulares y patrimoniales de la víctima en las que éste solía gozar de un mayor protagonismo.

El punto de inflexión lo encontramos tras los movimientos ilustrados que tuvieron comienzo a finales del siglo XVII, cuyos novedosos cánones y principios resultarían contrarios a los iniciales fines y concepciones del Derecho penal, que habían permitido hasta el momento una mayor participación e influencia por parte de la víctima. Así es, el Derecho penal de Estado, tal y como aún continúa siendo entendido en nuestros días, cuenta entre sus múltiples diferencias con el Derecho penal primitivo con la distinta relación entre el delincuente y la víctima. Esta evolución es precisamente la que actualmente impide que, con carácter general, no exista tal permisividad a la hora de mantener el conflicto en manos del ofendido, que sin embargo sí era admitida cuando ni tan siquiera estaba clara la diferenciación entre el Derecho civil y el penal. Es lo que ciertos posicionamientos doctrinales han venido a denominar *neutralización* de la víctima, de tal forma que en lugar de un sistema de compensación y acuerdo entre lesionado y lesionador, nos encontramos con la mera acción penal pública¹⁶.

No obstante, y aun cuando en la actualidad las posibilidades del sujeto pasivo de intervenir en el proceso penal contienen claras limitaciones cuando hablamos de delitos públicos, éstas no son ni mucho menos inexistentes, dado que siempre será posible su participación a través de figuras como la denuncia, querella, acusación particular, ofrecimiento de acciones civiles, etc., que posibilitan tal intervención junto con la del Ministerio Fiscal. De hecho, en la actualidad el papel de la víctima sigue una tendencia inversa hacia el renacimiento de una *nueva edad de oro*, como resultado de la clara influencia que vienen ejerciendo los innumerables estudios doctrinales sobre

¹⁶ HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1989, pág. 29.

victimología que se han venido multiplicando de forma imparable desde finales del siglo pasado.

(2).- Así las cosas, el papel de la víctima, indefectiblemente unido al tratamiento privado del Derecho penal, mantiene una progresión continua. Concebido en la antigüedad desde una perspectiva claramente *iusprivatista*, era el sistema utilizado por el ofendido como medio de persecución y de resarcimiento por las infracciones y perjuicios sufridos, así como, desde este punto de vista, un mecanismo puesto a su disposición para satisfacer sus intereses eminentemente particulares. La justicia estaba estrechamente vinculada con el concepto de venganza, impulsada directa y personalmente por el sujeto pasivo como vía de reparación del daño ocasionado frente a su agresor. Hablamos de una concepción de justicia en la que el perjuicio afectaba a la víctima o a su familia, pero no a la comunidad como tal. De ahí la justificación de reparar esa ofensa únicamente entre este reducido círculo de afectados.

En edades muy tempranas, desde los inicios de la sociedad civilizada hasta la baja Edad Media¹⁷, es posible su equiparación, por tanto, con la venganza o a la entrega del delincuente a la víctima – denominada en su momento por SCHAFFER como la *edad de oro de la víctima*¹⁸ –. Como decimos, en muchos casos no era directamente el ofendido quien la ejercía como tal, sino más bien el propio grupo tribal al que pertenecía, quien a través de este primitivo sistema de violencia, ejercía el control social al objeto de asegurar en la medida de lo posible la paz social, si bien bajo una constante amenaza¹⁹. Otras veces no eran sino los ofendidos más poderosos quienes podían ejercer este tipo de respuestas violentas.

Ahora bien, el interés individual del ofendido comenzó a ser neutralizado desde bien temprano, aunque en vez de por el Estado – inexistente en estos inicios – por los sectores dominantes de los grupos tribales, o familiares al que pertenecía el agredido, una vez que el ser humano comenzó a asociarse en este tipo de colectivos. De un lado, porque incluso en estos incipientes comienzos era en muchos casos la familia, la tribu o

¹⁷ FERRERIO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*, La Ley, 2005, Madrid, pág. 6.

¹⁸ SCHAFFER, S. *Victimology: the Victim and his criminal*, Reston Publishing Company Inc., Virginia, 1977, *passim*.

¹⁹ HERRERA MORENO, M. *La hora de la víctima*, Edersa, Madrid, 1996, pág. 28.

el clan, quien ejercía de hecho este modelo de justicia especialmente hostil y violento²⁰. De otro, porque este sistema tuvo que ser necesariamente abandonado con relativa rapidez al generar una suerte de ciclos de violencia familiares desproporcionados o reyertas en cadena difícilmente sostenibles.

Por este motivo, uno de los primeros esfuerzos por dotar al Derecho penal de ciertas dosis de proporcionalidad empezaría precisamente por limitar la capacidad represiva de la propia víctima, tanto desde el punto de vista de las medidas a adoptar ante una determinada ofensa, como de la persona legitimada para tutelar dicho proceso. Una primera evolución de la víctima dentro del proceso penal que, de un sistema estrictamente privado donde ésta tenía plena libertad para tomarse la justicia por su mano, pasaría a la ponderación del daño a través de la *Ley del Talión* y los *sistemas compensatorios*, de aplicación universal en todo tipo de culturas. Son éstos los primeros límites ideados por la propia sociedad para ejercer algún tipo de control sobre el ejercicio privado de la justicia²¹. Especialmente en el segundo de los casos, que no es sino la cuantificación de la ofensa con la finalidad de evitar el ejercicio de la venganza previo pago de una indemnización previamente establecida por la comunidad. La iniciativa privada no perdía en estos supuestos todo su sentido, pues en caso de incumplimiento del agresor, el ofendido siempre tenía la posibilidad de satisfacer la ofensa mediante la referida auto-tutela o auto-compensación²², pero sí suponía una primera barrera a partir de la cual la víctima, al menos, ya no estaba autorizada a tomar cualquier tipo de medida (desproporcionada) contra su agresor.

²⁰ Vid. FERRERIO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*, op. cit., pág. 9 y ss., que entiende que la denominada edad de *oro de la víctima* responde más a una construcción mítica que a una recreación histórica basada en los sistemas penales de la Antigüedad y de la Edad Media, al no ostentar dicha persona el pleno control sobre la venganza excepto casos excepcionales como el de víctimas poderosas que sí podrían ejercerla por sí mismas.

²¹ Vid. HERRERA MORENO, M. *La hora de la víctima*, op. cit., pág. 31 y ss. Las leyes taliónicas constituyen una práctica generalizada en múltiples sociedades, desde las Doce Tablas Romanas o las Leyes Griegas de Zaleukos, a otras muchas como las Leyes Eshnuna, en el Código de Hammurabi, las Leyes del Egipto Faraónico, del derecho arcaico chino (Códigos de Hia y Chou), en el Código de Manu Indio, en el Zed Avesta Persa o en el Derecho preislámico. Por su parte, el derecho compensatorio tendría su origen entre los pueblos pastores, al ser los primeros con capacidad de aglutinar cierta riqueza. Podría pensarse que ambos sistemas pudieran llegar a ser subsidiarios, en el sentido de aplicarse el talión únicamente de no compensarse los daños sufridos por el delito. De la misma autora, sobre la evolución histórica del papel de la víctima, vid. también HERRERA MORENO, M. *Manual de Victimología* (Coord. BACA, E. / ECHERBURÚA E. / TAMARIT, J. M.), Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pág. 51 y ss.

²² Los ejemplos de esta suerte de privacidad son muchos, empezando por la literatura clásica, entre los que la doctrina suele citar algunos de los más famosos pasajes de *La Iliada* de Homero de forma prácticamente generalizada.

(3).- Tras estos incipientes prolegómenos, la concepción privatista del Derecho penal, en un sentido más parecido a como lo conocemos en la actualidad, suele situar sus orígenes entre las épocas romana y medieval, como respuesta de las principales influencias del Derecho romano primitivo y el Derecho de los antiguos pueblos germánicos²³. A partir de entonces comenzaría a gestarse la distinción entre el Derecho civil y el penal, que culminaría con la neutralización de la víctima del delito varios siglos después. En efecto, conforme las sociedades se iban haciendo cada vez más complejas, el interés comunitario en lo que al mantenimiento de la paz, la resolución de conflictos de forma no violenta y la cohesión social se refieren, cobran cada vez más importancia; razón por la cual el individuo va cediendo paulatinamente esas parcelas de poder a entes jurídicos superiores a los que hacíamos referencia al comienzo de este capítulo.

Existen multitud de ejemplos verdaderamente ilustrativos de esta suerte de transformación. En la literatura clásica o en la antigua Grecia es fácil encontrar muchos de ellos, pero especialmente en el Derecho Romano, donde a lo largo de toda su evolución, tomando como punto de partida la *Ley de las XII Tablas* y hasta el *Corpus Iuris* establecido por Justiniano, la idea del Derecho penal privado ha estado siempre presente, y donde enseguida comenzó a abandonarse el uso de la venganza, al menos de forma descontrolada. Con carácter general, podemos decir que en el Derecho de Roma cualquier tipo de delito – *delictum* –, fuera de naturaleza civil o penal, era sancionado con una pena, distinguiéndose a su vez entre públicos y privados en función de los intereses afectados. Entre los primeros estaban aquellos que atentaban contra el orden o la seguridad del Estado, siendo perseguidos a través del procedimiento penal y castigados generalmente por los *quaestiones perpetuae* con una *poena publica*, con sanciones personales o económicas que iban a parar al *aerarium populi romani* con independencia del perjuicio que pudiera haber ocasionado a un concreto particular; eran ofensas como los atentados contra las libertades ciudadanas – *perduellio* –, secuestros de hombres libres – *plagium* –, actos violentos – *vi* – o el homicidio de hombres libres –

²³ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. Mª *Innovaciones teórico-prácticas de la victimología en el Derecho penal*, en *Victimología: VIII Cursos de Verano en San Sebastián* (Dir. BERISTAIN IPIÑA, A. y DE LA CUESTA AIZMENDI, J. L.), Universidad del País Vasco, 1990, pág. 75 y ss.

parricidium –²⁴. Por el contrario, los delitos privados, mucho más vinculados al patrimonio y al Derecho civil, únicamente podían dar lugar a la acción penal y a la imposición de la consecuente *paena* en favor del ofendido si éste lo interesaba expresamente, si bien en algunos casos se admitía el ejercicio de alguna acción popular²⁵.

Siguiendo esta misma línea evolutiva, la Ley de las XII Tablas tuvo una incidencia esencial entre la antedicha división entre delitos públicos y privados, con expresas referencias a la antes citada Ley del Tali3n, estableciendo un elenco de ofensas susceptibles de ser vengadas o sobre las que la v3ctima ten3a cierto poder de disposici3n; el Derecho penal p3blico quedaba reservado as3 como una necesidad del Estado para penar determinados delitos que atentaban contra la Comunidad. En concreto, el delito privado encuentra su primera reglamentaci3n en dicha ley, que ven3a a enumerar todo un cat3logo de sanciones con sus correspondientes penas. De hecho, de su lectura se deduce claramente la posibilidad de que la v3ctima en determinados casos pudiera ejercer la venganza privada conforme a los postulados ah3 descritos; v. gr., en el caso de da3os corporales o lesiones – *iniuria* – estaba permitida la aplicaci3n del tali3n infringiendo al agresor un da3o de igual magnitud²⁶.

Posteriormente, los delitos fueron evolucionando dentro de la esfera privada – *ius privatum* –, en tanto que las acciones penales se agrupaban dentro del Derecho civil bajo la denominaci3n de *delicta privata*²⁷, con la acci3n civil ordinaria y persiguiendo criminalmente a los ofensores mediante penas especiales. De tal forma que la v3ctima pod3a optar entre el resarcimiento econ3mico del da3o o solicitar el castigo suscribiendo la *cognitio extraordinem*.

²⁴ FUENTESECA, P. *Historia del Derecho Romano*, Europa Artes Gr3ficas, Madrid, 1987, p3g. 226. Vid. tambi3n D'ORS, A. *Derecho privado romano*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1977, p3g. 411.

²⁵ D'ORS, A. *Derecho privado romano*, op. cit., p3g. 409.

²⁶ En las Tablas Romanas son, efectivamente, muchas las referencias que podemos encontrar a delitos p3blicos y privados. As3, en la Tabla VIII: *Si membrum rupsit ni cum eo pacit, talio esto* – si le arranc3 un miembro y no se avino con 3l, apl3quesele tali3n –; en el caso de delito de *furtum* – ladr3n sorprendido *in fraganti* – era posible, conforme a la Tabla VIII, la pena de azotes, as3 como la retenci3n del delincuente en condici3n de esclavo; por el contrario, en la Tabla IX vemos sanciones aplicables 3nicamente por la autoridad: *De capite civis nisi. per maximum comitatum (...) ne ferunt* – que no se dicten penas capitales contra ciudadanos sino por los comicios m3ximos –.

²⁷ KAUFFMAN H. *Pretensi3n penal y Derecho a la acci3n penal. La delimitaci3n entre el Derecho penal material y el formal*, Centro de Estudios Ram3n Areces, Madrid, 2009, traducido por PEDREIRA GONZ3LEZ, F. M^a y M3LLER, G., p3g. 100 y ss.

Estos primeros esfuerzos por establecer tal diferenciación resultan de una importancia evidente, pues es aquí donde se establecen los primeros fundamentos de la distinción entre las acciones públicas y las privadas. En efecto, vemos aquí cómo a la vista de la distinta entidad de las ofensas proferidas, así como del objeto de tutela y de la trascendencia, el Derecho romano fue paulatinamente distinguiendo entre aquellas agresiones que merecían seguir persiguiéndose de forma pública y sancionándose con penas más graves, frente a otras que, por resultar de interés casi exclusivo del titular, debían ser resarcidas mediante otra vía independiente. Distinción ésta que, por otro lado, no fue sino la consecuencia de una paulatina (y necesaria) distinción entre el Derecho público – penal – y el privado – civil – que comenzaba a producirse ya desde estos momentos con total claridad²⁸. De hecho, veremos de aquí en adelante cómo estas razones se encuentran, en cierto modo, estrechamente relacionados con la proliferación de los delitos privados que, muchos siglos después, caracterizará al Código penal de 1995: en primer lugar, por la realidad de la incorporación de nuevos delitos estrechamente relacionados con otras jurisdicciones generalmente privadas – Derecho civil, Derecho mercantil –, donde en no pocas ocasiones resulta difícil establecer el límite donde el ilícito adquiere suficiente entidad como para ser sancionado en sede penal; de otro lado, por la existencia de determinados delitos que, por su menor alarma social y por afectar únicamente a la esfera particular de la víctima, merecen ser perseguibles únicamente si éste muestra una voluntad clara mediante la interposición de la oportuna denuncia o querrela.

(4).- El verdadero declive de la ya referida *edad de oro de la víctima* no es sino la consecuencia de la progresión natural que iba experimentando la propia sociedad, así como del interés de ésta, en el sentido que ya venía apuntando el Derecho romano, en el mantenimiento de la paz social. Por lo general, la doctrina tiende a situar esta mayor asunción del *ius puniendi* por parte del Estado en los sistemas consuetudinarios

²⁸ GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 59 y ss. Efectivamente, en los primeros tiempos de la civilización no era posible distinguir entre el ilícito civil y el penal. A este esquema respondió el proceso romano de la Alta República, cuyas notas esenciales fueron las de la acusación realizada por persona distinta al juez, publicidad de todo el procedimiento, oralidad, paridad absoluta entre los derechos del acusador y del imputado, aportación de pruebas a cargo de las partes y libertad personal del acusado. Este sistema fue reinstaurado por nuestra legislación de Las Partidas, en la que los delitos privados eran la mayoría y la “acusación” del ofendido la forma normal de iniciación del procedimiento, de la que se daba traslado al acusado, estando el juicio concebido de modo similar a la *litis contestatio*.

anglosajón y germánico²⁹. A partir de este momento empezamos a ver con mayor claridad cómo quien cometía un delito (grave) estaba atentando contra la *paz* existente entre los miembros de la comunidad³⁰. En concreto, conforme el sistema germánico comienza a expandirse y a fortalecerse a lo largo de Europa, asentándose así la tendencia de alejar a la víctima del proceso penal, asumiendo el propio Estado el control del mismo. Es por ello que, en atención a la entidad o naturaleza de la ofensa, el sexo, el estatus social de los afectados, sus edades, etc., se va profundizando en la creación de sistemas tarifarios que establecían la sanción económica a pagar en cada caso³¹. El derecho germánico, supuso además cierta ruptura entre los ilícitos privados y públicos al distinguir, según la ofensa proferida, entre atentados contra los dioses, el rey, el pueblo o un particular. Y por consiguiente, estos delitos podían ser públicos, si vinculaban a los dioses, el rey o la comunidad, o privados si afectaban a un particular o a la familia³², al estilo que ya habían anticipado antes en el Derecho de Roma, y que a su vez fueron formalizándose en el seno de un modelo asambleario que con el tiempo fue adquiriendo una mayor complejidad³³.

Por su parte, en España, estos modelos compensatorios se generalizarían entre los pueblos visigodos, alcanzando posteriormente un importante desarrollo en el comienzo de la Reconquista, especialmente para los delitos considerados menos graves, quedando así la venganza privada reservada para otros tipos como los de sangre o los de naturaleza sexual. Aun con todo, lo cierto es que incluso durante la Alta Edad Media, todavía persistieron determinados vestigios de sistemas de venganza privada a través de la *inimicitia*, si bien dentro de unos límites verdaderamente tasados, que podría ser ejecutada bien por la comunidad, en aquellos delitos de especial gravedad, o incluso por

²⁹ Vid. FERRERIO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*, op. cit., pág. 8, para quien con el derecho germánico también se fue abandonando de forma progresiva el modelo de venganza – *rache* –, siendo sustituido por el pacto resarcitorio entre el ofensor y el ofendido. Vid. también HERRERA MORENO, M. *La hora de la víctima*, op. cit., pág. 34 y ss., para quien estas pautas compensatorias fueron adquiriendo valor hasta que, transmitidas durante generaciones, se constituyeron en costumbre.

³⁰ IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. L. *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, op. cit., pág. 33.

³¹ Es lo que HERRERA MORENO, M. *La hora de la víctima*, op. cit., pág. 37 y ss. viene a denominar “el crepúsculo de las víctimas”, configurado a través de la compensación a través de las instituciones de la *Wergeld* – de naturaleza claramente compositiva – y la *Buse* – como instituto disciplinario cercano a la pena –.

³² Vid. IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. L. *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, op. cit., pág. 22 y ss.

³³ HERRERA MORENO, M. *La hora de la víctima*, op. cit., pág. 37 y ss. Hasta tal punto fue así que, finalmente, el agresor se vio obligado a pagar una suma de dinero a la víctima, y otra a la propia asamblea en pago por sus servicios.

la familia en supuestos de menor lesividad. Eran delitos de traición en los que, dada la perturbación de la paz social acaecida, el delincuente perdía todo derecho de protección por parte del poder público, quedando así a expensas de manos privadas³⁴.

(5).- Ahora bien, pese a la existencia de claros antecedentes de primitivas manifestaciones de Derecho penal estatal con clara tradición e influencia, como los *procesos inquisitivos*³⁵ – una de las primeras manifestaciones de la figura del acusador público –, no es hasta la aparición del Estado moderno, con la Revolución Francesa y el pensamiento ilustrado de finales del siglo XVII y principios del XVIII³⁶, cuando comenzó a fraguarse la idea del *ius puniendi* tal y como lo conocemos en la actualidad, como poder indelegable del Estado y como derecho subjetivo para sancionar y castigar determinadas conductas a los responsables de haber cometido faltas y delitos. Desde entonces, la víctima y sus intereses particulares pasan a un plano secundario, surgiendo la concepción pública del Derecho penal como instrumento del Estado para garantizar la convivencia entre los miembros de la sociedad. Consecuentemente, es ahora el Estado quien de *motu proprio* impulsa el procedimiento penal para sancionar determinados atentados perpetrados por el agresor frente a los intereses colectivos³⁷. Las profundas modificaciones provocadas en el orden social y político por el pensamiento iluminista y racionalista, junto con la proclamación de los derechos fundamentales del hombre, supusieron además la necesidad de ajustar el proceso penal a la concepción del moderno Estado de Derecho, entre otras, mediante la instauración del sistema acusatorio o mixto a través de la creación del Ministerio Fiscal. El Derecho penal, ahora por fin claramente diferenciado del Derecho civil, se viene caracterizando desde entonces, por tanto, por ser el Derecho público por excelencia, en la medida en que la potestad del *ius puniendi* es asumida íntegramente por el Estado, y ejercida y representada únicamente por sus órganos seculares. Es, en definitiva, una de las manifestaciones del *contrato social*. El

³⁴ Vid., FERRERIO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*, op. cit., pág. 6 y 7.

³⁵ Vid. GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 59 y ss. En la medida en que la organización estatal se va consolidando en su devenir hacia el Estado absoluto, los delitos públicos pasan a convertirse en la regla general. De este modo, el proceso penal se transformará, bajo el principio inquisitivo del Antiguo Régimen, en un proceso en el que no existe ningún acusador, ni un acusado, sino tan sólo un juez, inquisidor y sentenciador.

³⁶ No obstante, el surgimiento del Derecho penal moderno ha sido ubicado por algunos autores con anterioridad a dicha fecha, en concreto en los SS XIV y XV.

³⁷ Por este motivo, el concepto de delito siempre ha estado vinculado, a pesar de las discusiones que ha generado la búsqueda de una denominación, con el Estado su carácter público. Así, v. gr., para GARCÍA-PABLOS MOLINA, A. *Introducción al Derecho penal, Volumen I*, 5ª Ed., Ramón Areces, Madrid, 2012, pág. 125, el delito se encuentra vinculado con “las innumerables conductas socialmente nocivas y no deseables” que atenten contra la convivencia.

delito es concebido a partir de ahora como una agresión a las condiciones de vida en sociedad, haciéndose necesario el restablecimiento del mismo a través del castigo – pena –.

El Fiscal se erige desde entonces como la figura que hace posible el proceso y que responde a la idea de que el delito afectaba a la sociedad, así como que ésta tiene interés en su persecución, bajo el sometimiento siempre al principio de legalidad³⁸. Es aquí donde radica la condición pública de nuestro Derecho penal, en la concepción del mismo como instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad, razón por la cual únicamente deberá ser utilizado de forma controlada y limitada, y sólo frente a aquellos atentados más graves de dichos derechos. Surge así, en consecuencia, un vínculo de interdependencia entre los intereses públicos y los privados, en la medida en que el perjuicio social que justifica la intervención estatal para proteger a la comunidad viene determinado por la previa causación de un daño particular con trascendencia hacia la comunidad³⁹. Más aún, la intervención del sujeto pasivo pasa necesariamente a un segundo plano, en el sentido de que ya no interesan tanto los derechos de éste como tales, sino más bien la necesidad de proteger derechos propios de la sociedad, con fines tan diversos – incluso abstractos en muchos casos – como los que ofrecen las teorías preventivas del Derecho penal.

De este modo, con la culminación de este proceso evolutivo, se consigue el establecimiento de una nítida separación entre el Derecho civil – privado – y el penal – público – de modo que la finalidad de este último ya no es la indemnización del ofendido, que no en vano deberá acudir a la vía civil para obtenerla, sino la obtención de una respuesta adecuada para prevenir y proteger los intereses sociales. Una transición del derecho de daños al control social. Así es, a partir de este momento, el perjuicio generado a la víctima pasa a ser la justificación de la intervención del poder estatal para

³⁸ Vid. LANZAROTE MARTÍNEZ, P. A. *La acusación penal: ¿Ejercicio de soberanía?. Ministerio Fiscal vs. Acción popular*, La Ley, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-23, Tomo 1, para quien el antecedente del Ministerio Fiscal es visto por algunos, no obstante, en la persecución de oficio del *Arconte* de la legislación ateniense, encargada a ciertos Magistrados como *Cuestores*, *Irenarcas*, *Cuirosi* o *Stationarii*. Por su parte, nuestro sistema procesal penal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal tiene su origen a su vez en el *Code d'instruction crimenelle* napoleónico, pero admitiendo, además de la figura del Ministerio Público, la acusación popular.

³⁹ Vid. FERRERIO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*, op. cit., pág. 26, para quien la teoría del bien jurídico, al impedir imponer una pena por la mera infracción de una norma ética o moral, representa uno de los mejores ejemplos de la neutralización de la víctima.

proteger bienes jurídicos de carácter supraindividual, esto es, que trascienden el interés particular. Y desde entonces, cualquier reforma de corte liberal o garantista no hará sino neutralizar cada vez más a la víctima del delito, así como acrecentar el elenco de garantías, tanto del procedimiento como del delincuente.

Este surgimiento de un renovado modelo de Derecho penal, que culminaría en España con el primer Código de 1822 – anterior que el de otros Códigos liberales españoles –, es, por otro lado, el resultado de las críticas y censuras mostradas por filósofos y juristas ilustrados de tanta influencia como MONTESQUIEU – *Del espíritu de las leyes*, 1748 – o BECCARIA – *De los delitos y las penas*, 1764 – contra la crueldad de las penas y, en general, de los horrores y defectos de la legislación y las desproporcionadas prácticas penales y procesales de la época. Es aquí donde surgen los principios que siguen inspirando nuestra ciencia penal, estrechamente relacionados con la proporcionalidad de las penas y el carácter preferentemente preventivo de la legislación penal, unidos a la defensa de un *espíritu de moderación*⁴⁰.

(6).- Efectivamente, esta nueva concepción del Estado posibilita el establecimiento de todo un elenco de principios garantistas que regulan la intervención del Derecho penal. Si bien, de un lado, la persecución pública provoca un inevitable alejamiento de los sujetos – activo y pasivo –, de otro ofrece un modelo de justicia mucho más objetivo, imparcial y proporcionado. En primer lugar, al no obligar a la víctima a asumir el ejercicio de la justicia, que podía llegar a ser imposible en caso de situación de inferioridad con su agresor. En segundo término, porque el delincuente encuentra también, en el Estado, ciertas dosis de protección y proporcionalidad ante las reacciones desmedidas de su víctima⁴¹.

Surge así la necesidad de implantar principios tales como los de legalidad, seguridad jurídica, proporcionalidad – de forma que la intervención está justificada únicamente en los ataques especialmente graves dirigidos contra los intereses de la comunidad –; principio de fragmentariedad – como manifestación de la protección fragmentaria de los bienes jurídicos –; y demás principios utilitaristas tales como el de necesidad y utilidad

⁴⁰ TOMÁS Y VALIENTE, T. *Manual de historia del Derecho español*, pág. 491 y ss. Sobre la influencia del liberalismo en nuestro Derecho penal, vid. también BORJA JIMÉNEZ, E. *Curso de política criminal*, 2ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 42 y ss.

⁴¹ FERRERIO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*, op. cit., pág. 19.

de la intervención penal – como manifestación del principio de intervención mínima –⁴². Dichos principios resultan esenciales para justificar la intervención del *ius puniendi* únicamente respecto de aquellos atentados contra bienes sociales o particulares con suficiente entidad como para poner en peligro la convivencia pacífica de nuestra sociedad. Es por lo demás, esta razón la que justifica la tendencia a recurrir a la trascendencia social – en sentido penal o cualificado – del bien jurídico protegido por la norma penal, hasta el punto de determinar la naturaleza pública del ejercicio del poder punitivo o del Derecho penal en general como justificación de la intervención represiva estatal como última vía de salvaguarda⁴³.

A partir de este momento, al particular únicamente le corresponde una pretensión frente al Estado a la concesión de protección jurídica, un *ius ut procedatur*, un derecho a un procedimiento jurídico, al proceso, en virtud del cual aparece la actividad judicial como una prestación debida al actor: el derecho a la acción penal. Figura ésta que se distingue a su vez de la pretensión penal en que esta última no depende de supuestos de persecución formales, sino únicamente del hecho delictivo. En virtud del derecho a la acción penal, el Estado, a través de los Jueces y Tribunales, está obligado a pronunciarse sobre la culpabilidad del acusado. Consecuentemente, el Derecho penal moderno no tiene por finalidad la regulación de las relaciones entre particulares – agresor y víctima –, tal y como sucede con otras ramas de nuestro ordenamiento, sino entre el autor y el Estado, siendo éste último el único garante de la sociedad y la única autoridad para definir determinadas conductas como delictivas y merecedoras de sanción y reparación⁴⁴.

Desde esta perspectiva, la neutralización de la víctima no es sino el corolario lógico del surgimiento del Derecho público, que prohíbe la reacción privada de aquélla ante determinadas ofensas, al no ser consideradas como integrantes dentro del conflicto privado, sino más bien de la propia comunidad en el sentido más amplio del término.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 265. Vid. también BORJA JIMÉNEZ, E. *Curso de política criminal*, op. cit., pág. 54 y ss.

⁴³ ALONSO RIMO, A. *Víctima y Sistema penal*, op. cit., pág. 143.

⁴⁴ GARCÍA-PABLOS, A. *Introducción al Derecho penal, Volumen I*, op. cit., pág. 55.

§ II. 2.- *¿Existencia de un Derecho penal privado siempre latente?*

(1).- Desde el punto de vista de esta concepción moderna del Estado y del *ius puniendi*, a simple vista carecería por completo de sentido la consideración de delitos privados, ya que el bien jurídico protegido de los mismos adquiere una consideración exclusivamente pública. Y dicho así, y desde una perspectiva estrictamente formalista, podría afirmarse que lo público – basado en el interés social – y lo privado – que se fundamenta en el interés particular – suponen dos posiciones excluyentes y contrapuestas que no pueden convivir como tales dentro de nuestro Derecho penal, que en consecuencia habrá de ser concebido como eminentemente público.

Ahora bien, pese a dicha concepción pública y esa idea de defensa de valores sociales en el sentido más amplio y como último bien jurídico del Derecho, resulta insoslayable reconocer la existencia de otra serie de bienes jurídicos de naturaleza individual que conviven con los colectivos. En efecto, frente a la existencia de toda una serie de intereses supraindividuales objeto de protección por parte del Estado, tales como la seguridad colectiva, la salud pública, la organización colectiva, el medio ambiente, etc. – conocidos comúnmente como delitos contra la sociedad –, existe otra serie de intereses inherentes a la esfera privada del individuo – delitos contra las personas – igualmente merecedoras de protección social, tales como la vida, la libertad, el honor, el patrimonio, etc.

Sin embargo, cuando el Derecho penal tutela estos intereses particulares, lo hace igualmente en interés de la comunidad, pues no sería posible la convivencia social sin la salvaguarda de estos bienes fundamentales⁴⁵. De hecho, esta circunstancia es precisamente la que acontece en la gran mayoría de los supuestos, pues los ilícitos penales de mayor raigambre histórica – atentados contra la vida, la integridad, contra la salud, el patrimonio, etc. – desde siempre han venido cargados de un mayor componente individualista, siendo los menos los supuestos que tradicionalmente han sido merecedores de protección por exclusivas razones sociales, esto es, supra-individuales.

⁴⁵GARCÍA-PABLOS, A. *Introducción al Derecho penal, Volumen I*, op. cit., pág. 55.

En consecuencia, el mero hecho de encontrarnos ante un derecho de naturaleza individual, no supone ningún impedimento para que el mismo trascienda al interés general de la comunidad. Es más, ambos pasan a ser absolutamente complementarios en la medida en que los intereses generales de la sociedad se encuentran más bien nutridos de los derechos particulares de cada uno de sus miembros, correspondiendo al Estado, en tanto titular del *ius puniendi*, su protección frente los más virulentos ataques en orden a salvaguardar una convivencia pacífica entre todos sus miembros. Es por ello, que la existencia de un *Derecho penal privado* en sentido estricto, cuya única finalidad es la protección de determinados intereses particulares de la víctima ajenos a los generales de la comunidad, no tiene ningún tipo de encaje en nuestro Derecho penal moderno. O al menos no en los términos en los que así fue concebido en la antigüedad, donde la aplicación de la justicia era equiparable con la venganza exclusivamente particular de la víctima.

(2).- La clasificación entre *delitos públicos* y *privados*, sin embargo, ha existido desde los mismos comienzos de nuestra codificación, como consecuencia del distinto tratamiento otorgado a ciertos tipos penales, ya sea por razones de política criminal, o como consecuencia de la aplicación de principios ya apuntados como el de intervención mínima – *ultima ratio* –, necesidad u oportunidad, sobre los que volveremos más adelante. También ha sido asumida tradicionalmente sin mayores problemas dada su utilidad para explicar el ejercicio de la acción penal y el concepto y contenido de parte procesal acusadora. Prueba de ello es que, en nuestros antecedentes históricos, la primera referencia legislativa expresa que tenemos en relación con la distinción entre delitos públicos y privados, del Código penal de 1822, lo es en unos términos muy similares a los empleados en la actualidad, utilizando dicha terminología para determinar la capacidad de perseguir y sancionar los distintos delitos. De tal forma que, según su art. 135, cualquier persona tenía plena capacidad para denunciar los denominados *delitos públicos*, sin perjuicio de que la autoridad competente pudiera hacerlo también, reservándose en consecuencia los *delitos privados* al exclusivo control del perjudicado⁴⁶; y a tal fin se hacía una clasificación de los considerados delitos públicos en los siguientes arts. 136 y 137⁴⁷ y otra de los privados en el 137⁴⁸.

⁴⁶ Art. 134 CP 1822: “La ley concede a todo español, no infame, la acción para acusar criminalmente ante los Jueces ó Tribunales respectivos cualquiera de las culpas ó delitos públicos que se cometan, exceptuándose únicamente las personas a quienes en el Código de procedimientos se prohíbe el ejercicio

Por otro lado, si bien es cierto que tales denominaciones fueron abandonadas por el legislador a partir del siguiente Código de 1848, esta clasificación sigue plenamente vigente en nuestros días, siendo de uso común entre nuestras doctrinas científica y jurisprudencial. Y ello, pese a que enseguida proliferó el empleo de otras expresiones tales como *delitos que no pueden ser perseguidos sin previa denuncia o consentimiento del agraviado*⁴⁹, *delitos que sólo se persiguen a instancia de parte*⁵⁰, *delitos que no puedan dar lugar a procedimiento de oficio*⁵¹ o *delitos solamente perseguibles mediante querrela o denuncia del ofendido*⁵²; así como que en la actualidad, nuestro vigente Código penal de 1995 ha omitido cualquier tipo de referencia en este sentido, siendo utilizada sin embargo en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal el término *a instancia de parte* por, entre otros, los arts. 278 y 875; por su parte, algún autor ha optado también por soluciones alternativas, v. gr., como adoptar la denominación *delitos cuya persecución está sometida a condición*, a la vista de la Recomendación nº R. (87) 18 del Comité de Ministros de los Estados Miembros (de la antigua CEE) sobre la Simplificación de la Justicia Penal, adoptada el 17 de septiembre de 1987 en la 440

de este derecho, ya en general, ya en casos determinados. La falta de acusación, ó su desamparo por el acusador, ó el desistimiento de este no estorbarán de modo alguno que las autoridades procedan de oficio á la averiguación, persecución o castigo de estos delitos, con arreglo al propio Código de procedimientos.”

⁴⁷ Art. 135 CP 1822: “Son culpas o delitos públicos: Primero: todos los que comprende la primera parte de este Código. Segundo: todos los contenidos en la segunda parte, excepto las injurias, los casos exceptuados en el capítulo de adulterios y estupros, y los que no merezcan pena corporal ó de infamia. Tercero: todas las contravenciones á los reglamentos generales de policía y sanidad, siempre que cedan en perjuicio del público. Cuarto: todos los delitos y culpas que de cualquier modo y en cualquier otro caso cometan los funcionarios públicos como tales en el ejercicio de sus funciones, sean civiles, militares ó eclesiásticos. (...)”; art. 136 CP 1822: “Sin embargo de lo dispuesto en el artículo precedente, se tendrán también por delitos públicos comprendidos en la acción popular para acusarlos, las injurias públicas y libelos difamatorios contra los funcionarios públicos acerca de su conducta como tales en el ejercicio de sus funciones.”

⁴⁸ Art. 137 CP 1822: “Los demás delitos y culpas pertenecen a la clase de privados, cuya acusación no toca sino á las personas particulares agraviadas ó perjudicadas, con arreglo á lo prescrito por la ley; entendiéndose que en cualquiera de estos casos, si la parte agraviada ó perjudicada que acusare ó se querellare, hace constar que no tiene bienes, se le administrará justicia con el propio celo y actividad que si los tuviera; y si lo apeteciere se encargará de representar sus veces un promotor fiscal, como si procediera de oficio”.

⁴⁹ Vid. arts. 21.2 CP 1848, 21.2 CP 1850 y 24 CP 1870.

⁵⁰ Vid. art. 191.4 CP 1928.

⁵¹ Vid. arts. 132.5 CP 1870 y 115.3 CP 1932.

⁵² Vid. arts. 21.5 y 112.5 CP 1944.

reunión de los Delegados Ministeriales⁵³, o incluso por la de *delitos no perseguibles de oficio* o *delitos cuya persecución se condiciona a una actividad del ofendido*⁵⁴.

(3).- Dicha clasificación está cargada de toda lógica – si bien sería deseable una mayor profundidad en el sentido de tener en cuenta además los *semiprivados*, *semipúblicos* y *cuasipúblicos* –, pues aunque en términos generales no podemos dudar del carácter *público* de nuestro Derecho penal, a la vista está que estas excepciones suponen un claro desistimiento del *ius puniendi* a perseguir y a sancionar determinadas ofensas de no mediar la voluntad de la víctima. El supuesto más claro, sin duda, lo encontramos en los delitos de injurias y calumnias, que ni tan siquiera admiten la participación del Ministerio Público. En efecto, el carácter público es aquí prácticamente inexistente, al haber renunciado el Estado casi por completo a la persecución de estos ilícitos precisamente por la escasa alarma social del daño ocasionado, siendo regulados por principios más propios del Derecho privado que del público. El hecho de que estos ilícitos permanezcan en el Código penal, pese a contar con leyes privadas que bien podrían servir para sancionar y resarcir en vía civil estas agresiones, necesariamente habrá de responder a un interés estatal (público) de proteger el honor en los supuestos más graves, pero su tratamiento es indudablemente más propio de un procedimiento privado. En el resto de los casos, esta privacidad es sin embargo incompleta, habida cuenta de que sí es posible la participación del Ministerio Fiscal, si bien la existencia de limitaciones tales como la (en algunos casos) eficacia del perdón del ofendido, junto con la ya citada necesidad de interposición de querella o denuncia, impiden que puedan ser considerados eminentemente públicos.

Veremos más adelante además que la exigencia de denuncia o querella en los denominados *delitos privados* – así como también en los *semiprivados*, *semipúblicos* o *cuasipúblicos* – pretende justificarse sobre la base de razones político criminales que no contradecirían tal condición, siendo de hecho el propio Estado, como titular del *ius puniendi*, quien condiciona voluntariamente la persecución de esos delitos, en casos excepcionales, por resultar innecesaria una respuesta de oficio dado su escaso interés

⁵³ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Los delitos societarios en el Código penal español*, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 145.

⁵⁴ DEL MORAL GARCÍA, A. *Delitos de injuria y calumnia*, op. cit., *passim*.; también FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Los delitos societarios en el Código penal español*, op. cit., pág. 61.

social⁵⁵. Tal circunstancia implica una cesión parcial del monopolio del *ius puniendi* por parte del Estado hacia el individuo, así como el origen privatista del Derecho penal⁵⁶. Algunos posicionamientos doctrinales cuestionan tal posición, al entender que el hecho de dejar en manos del particular la decisión sobre la perseguibilidad del delito no implica en modo alguno que aquél pierda la titularidad de su facultad de castigar, que en todo caso continuará siendo de naturaleza estatal y, por tanto, pública; así como tampoco la facultad de ejercitar dicho derecho a través del Poder Judicial⁵⁷, pese a que es cierto que sí existe sin embargo una limitación en la capacidad de actuación en la medida en que el Derecho penal únicamente puede ser aplicable en el seno de un procedimiento penal. Ocurre empero que tales limitaciones son precisamente las que otorgan ese carácter privativo, de un lado, porque tal pretendida naturaleza estatal y pública, si bien puede que no desaparezca, sí va a estar en muchos casos condicionada, no sólo por la exigencia de denuncia y querella, sino, además, por excepciones adicionales como la eficacia del perdón del ofendido, que según los casos permite al particular poner fin al procedimiento por encima de la opinión del Fiscal o de los intereses públicos y estatales; de otro lado, porque esa capacidad para condenar que únicamente ostenta el Poder Judicial reside igualmente en los procedimientos exclusivamente privados, en los que las partes tienen plena disposición de la acción siendo el Juez quien decide sobre la necesidad de la condena.

Así, es indudable que, especialmente en lo que respecta a los *delitos privados*, los intereses particulares tienen una preferencia casi absoluta⁵⁸, que hace que el proceso se asemeje mucho a otras jurisdicciones, al excluir por completo la participación del Ministerio Público o de cualquier otro acusador distinto del ofendido, dando cabida al principio de impulso a instancia de parte, exigiendo acto previo de conciliación entre las partes – art. 278 LECrim. – e impidiendo el planteamiento de la tesis acusadora del art. 733 LECrim. Dicha circunstancia no sucede en cambio en los casos delitos

⁵⁵ GARCÍA-PABLOS, A. *Introducción al Derecho penal, Volumen I*, op. cit., pág. 160 y ss.

⁵⁶ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *Sobre el concepto de Derecho penal*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1984, pág. 309.

⁵⁷ ALONSO RIMO, A., *Víctima y Sistema penal*, op. cit., pág. 57 y ss.

⁵⁸ Desde esta perspectiva, para IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. L. *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, op. cit., pág., 64, los delitos privados son la excepción al principio general en la medida en que prevalece en “interés” del particular a la hora de decidir sobre la perseguibilidad del delito.

semipúblicos, donde una vez denunciado el hecho, el Ministerio Fiscal tiene plena libertad para ejercer la acusación pública contra los responsables⁵⁹.

(4).- En consonancia con lo anterior, también es posible la distinción entre acciones públicas y privadas. Por una parte, porque aun cuando una de sus particularidades diferenciadoras sea precisamente el carácter público de la acción penal y la consiguiente posibilidad de que cualquier ciudadano español pueda ejercitarla⁶⁰, claro está, siempre y cuando se cumplan el resto de prescripciones y exigencias de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶¹, ésta igualmente exceptúa de tal consideración, de entrada, a los delitos de calumnias e injurias⁶². Y, ello, aun cuando el derecho a la acción sea por lo general considerado un derecho subjetivo público consagrado en nuestra Constitución Española como derecho fundamental inherente a todos los españoles⁶³.

Tal diferencia va, por tanto, mucho más allá de una mera formalidad para diferenciar las distintas clases de delitos desde una óptica estrictamente procesal⁶⁴, es decir, desde el punto de vista de cómo incoar el procedimiento penal y de las personas legitimadas para hacerlo en cada caso. En efecto, si concebimos la publicidad del Derecho penal en la inteligencia de que el ejercicio del *ius puniendi* pertenece en exclusiva al Estado, la existencia de determinados tipos y acciones penales (privadas) que no admitan, en casos extremos, la intervención del Ministerio Fiscal, necesariamente habrá de llevarnos a la

⁵⁹ FARALDO CABANA, P., *Rasgos comunes a todos los delitos societarios*, op. cit., pág. 51 y 52.

⁶⁰ Art. 101 LECrim.: “La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de esta Ley”.

⁶¹ Vid. art. 102 LECrim.: “Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, no podrán ejercitar la acción penal: / 1. El que no goce de la plenitud de los derechos civiles. / 2. El que hubiere sido condenado dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querrela calumniosas. / 3. El Juez o Magistrado. / Los comprendidos en los números anteriores podrán, sin embargo, ejercitar la acción penal por delito o falta cometidos contra sus personas o bienes o contra las personas o bienes de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines. / Los comprendidos en los números 2 y 3 podrán ejercitar también la acción penal por el delito o falta cometidos contra las personas o bienes de los que estuviesen bajo su guarda legal.”

Y también el art. 103 LECrim.: “Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí: 1. Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos y por el delito de bigamia.; 2. Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros.”

⁶² Vid. art. 103 LECrim., que también contempla el delito de estupro: “Las acciones penales que nacen de los delitos de estupro, calumnia e injuria tampoco podrán ser ejercitadas por otras personas, ni en manera distinta que las prescritas en los respectivos artículos del Código Penal.”

⁶³ Art. 24.1 CE: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

⁶⁴ Cfr. IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. L. *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, op. cit., pág. 62.

conclusión de la coexistencia de una suerte de *Derecho penal privado* en el que, de forma muy similar a como sucede en las jurisdicciones privadas, dos partes se someten a la autoridad para dirimir cuestiones sobre los que el Estado no adopta ningún tipo de participación especial.

Por este motivo, aunque el empleo restringido de los términos públicos y privados para referirse a según qué delitos no resulte del todo ortodoxa, siendo recomendable la introducción de otros que recojan también los matices de los delitos *semiprivados*, *semipúblicos* y *cuasipúblicos*, lo cierto es que tal distinción está absolutamente justificada por afectar de forma clara a la concepción del delito que tenemos en la actualidad. Es precisamente por ello por lo que el Tribunal Supremo viene entendiendo como *delito privado* únicamente aquél que puede ser perseguido a instancia del perjudicado, en contraposición con los *delitos semipúblicos*, donde la facultad para promover el procedimiento no queda reservada exclusivamente a los perjudicados mediante la formalización de la querella.⁶⁵

§ II. 3. - Resurgimiento de la víctima y expansión del Derecho penal

(1).- Como acabamos de ver, la *publicidad* del *Derecho penal* surge como consecuencia natural de la evolución del Derecho. De un lado, por la paulatina e inevitable diferenciación de los ilícitos civiles – privados – de los penales – públicos –, y de otro, por la necesaria asunción por parte del Estado de la defensa de aquellos valores más sensibles en orden a asegurar el mantenimiento de unos mínimos cánones de convivencia social. Sin embargo, frente a ello, es lo cierto que, al menos desde

⁶⁵ Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la sentencia dictada por dicho Alto Tribunal el 12 de diciembre de 2007, que afirma que “en el ámbito de los llamados delitos públicos, el procedimiento penal puede iniciarse, incluso sin la voluntad del perjudicado, a impulsos del Ministerio Fiscal que, conforme resulta del art. 105, viene obligada al ejercicio de la acción penal. En los llamados delitos semipúblicos o semiprivados⁶⁵, en cambio, el procedimiento penal depende de la presentación de la correspondiente denuncia por parte de la persona agraviada que en esta medida, puede resolver o no que el procedimiento penal se inicie. Sin embargo también en estos casos, delitos semipúblicos, una vez abierto el procedimiento penal, presentada denuncia por parte del ofendido, la renuncia del mismo al ejercicio de las acciones penales no pedirán la continuación del procedimiento. Sólo en el ámbito propio de los llamados delitos privados, la renuncia del ofendido al ejercicio de la acción penal extingue la posibilidad de ejercitar la misma”. En esta misma línea jurisprudencial, vid. SSTs de 15 de enero de 2004, 27 de enero de 2001, 10 de junio de 1998, que en mayor o menor medida se pronuncian también sobre al consideración de delitos privados; entre la jurisprudencia constitucional; vid. también, entre otras, STC de 8 de abril de 2002.

mediados del siglo pasado existe un creciente interés por el estudio de la figura de la víctima y de su papel en el Derecho penal, cuyas investigaciones, además de haber facilitado el nacimiento de disciplinas propias como son la *victimología* o la *psicología social*, abogan por reconocer un mayor protagonismo de aquélla en el procedimiento penal. Tales corrientes han dado lugar a una amplísima literatura, conforme a la cual, entre los múltiples y dispersos factores que habrían propiciado tal tendencia estarían una necesidad de aligerar la carga de nuestros Tribunales, la constatación de importantes intereses privados en la solución del conflicto que aconsejarían la utilización de vías alternativas como la mediación o el arbitraje, la búsqueda de vías alternativas intermedias que favorezcan la conciliación entre víctima-agresor y que favorezcan la disminución de la delincuencia, el reconocimiento de la propia víctima como objeto de la política criminal o, incluso, un uso más eficiente de los recursos destinados a la persecución penal⁶⁶.

Ahora bien, aun siendo cierto que esta corriente ha influido de forma evidente en el resurgimiento de la *privacidad* del Derecho penal, entendida como la posibilidad de admitir una mayor capacidad de disposición a la víctima en el sentido en el que era concebido antiguamente, veremos *infra* que tal circunstancia casa mal con una paulatina intromisión del *ius puniendi* en materias que tradicionalmente entraban dentro del ámbito de competencia del Derecho privado. Así, nos encontramos ante una suerte de involución del Derecho penal, que al admitir un mayor protagonismo por parte de la víctima, junto con la incorporación de nuevos tipos penal estrechamente relacionados con ilícitos mercantiles o civiles, inevitablemente está provocando cierta confusión a la hora de delimitar los límites entre lo público y lo privado.

De entre todos los delitos sometidos a condiciones de perseguibilidad ya enumerados, es verdaderamente fácil encontrar claros ejemplos de ello. Si dejamos de lado, por el momento, los delitos contra la libertad sexual que tradicionalmente vienen siendo objeto de este particular tratamiento, el resto suponen en su totalidad infracciones previamente reguladas en otras jurisdicciones; en muchas de ellas, de hecho, resulta ciertamente difícil encontrar la línea divisoria entre unos y otros. Sin perjuicio de que más adelante

⁶⁶ Vid. FERRERIO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*, op. cit., pág. 31 y ss.

abordaremos esta cuestión en detalle, resulta inevitable hacer ahora algunas referencias que evidencian a todas luces tal solapamiento.

Probablemente, y aun tratándose de un delito de larga tradición jurídico-penal, incluso desde el punto de vista de su privacidad, el ejemplo más claro lo encontremos en los atentados contra el honor, dado que el delito injurias está idénticamente definido tanto en nuestro Código penal como en la LO 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. No obstante, no es éste un supuesto aislado, pues lo mismo cabría decir de los delitos societarios, nunca sancionados en sede penal hasta ahora, que al no estar suficientemente delimitadas o definidas por los respectivos tipos penales, son fácilmente confundibles con la legislación mercantil; y lo mismo podría decirse de los delitos relativos al mercado y los consumidores, igualmente incorporados todos ellos por vez primera en el vigente Código penal, aun cuando previamente ya estaban regulados todos ellos en leyes mercantiles y administrativas, como veremos.

(2).- Sin duda alguna, el crecimiento de estos delitos, que dadas sus especiales particularidades gozan además de un tratamiento *privatista* los delitos privados en nuestro Código penal, de un lado en que de un tiempo a esta parte, nos trae devuelta a una nueva confusión entre ilícitos públicos y privados. De otro lado, como consecuencia del afán expansivo ha provocado la ampliación del ámbito de influencia a materias que excederían en muchos casos de lo que bien podríamos denominar el Derecho penal tradicional – reproducción asistida sin consentimiento (art. 162), delitos de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 a 200), delitos de calumnias e injurias (arts. 205 a 210), delito de abandono de familia e impago de pensiones (arts. 226 y 227), delito de daños imprudentes (art. 267); la mayoría de los delitos contra el mercado y los consumidores (arts. 278 a 283 y 286); delitos societarios (arts. 290 a 295); y, por último, algunas faltas –. Y, de otro lado, porque si ya antes decíamos que en la antigua Roma la división entre lo público y lo civil venía dada por la diferenciación entre delitos con mayor gravedad y trascendencia pública, frente a otros de corte personalista o más relacionados con el patrimonio o intereses particulares de la víctima, algo parecido ocurre en este caso. En efecto, en sentido contrario a los planteamientos instaurados desde la Ilustración, nos encontramos ante delitos inevitablemente vinculados a la esfera particular del ofendido, y que, al contrario de lo que sucede con los delitos clásicos,

carecen de esa especial lesividad o alarma social que desde el nacimiento del Derecho penal moderno viene justificando la persecución pública de este tipo de atentados.

§ II. 4. - Conclusiones

(1).- La *privacidad* del Derecho penal ha existido casi desde sus mismos orígenes. Con carácter general, y dejando de un lado los incipientes comienzos en los que la justicia se ejercía de forma personalista a través de la denominada *venganza de sangre*, hasta el nacimiento del Estado Moderno, es posible encontrar formas de privacidad semejantes a los aquí denominados delitos privados; es decir, en los que el ofendido o agraviado tenía plena capacidad de disposición del procedimiento en cuestión, de forma autónoma y sin el apoyo del Fiscal, aunque sometido en todo momento al control de un orden superior.

(2).- Tal circunstancia venía propiciada básicamente por la inexistencia de una línea divisoria clara entre el Derecho público – penal – y el privado – civil –. Con el Derecho romano surgen los primeros esfuerzos por establecer tal distinción, ya que en función de la entidad de las distintas ofensas fueron paulatinamente distinguiéndose entre aquellas que merecían una persecución pública y la imposición de sanciones más graves, frente a otras que, por ser de interés exclusivo de su titular, debían encontrar su resarcimiento en una vía alternativa. Es en este momento, por tanto, cuando empieza a fraguar la necesidad de establecer algún tipo de diferenciación entre el Derecho privado y público; idea ésta que posteriormente continuarían desarrollando los sistemas anglosajón y germánico, donde ante determinados delitos que atentaban contra los intereses de la comunidad, paulatinamente fue asentándose la idea de alejar a la víctima del proceso penal, asumiendo el Estado el control del mismo.

Este proceso evolutivo culminaría con el pensamiento ilustrado que comenzó a finales del siglo XVII y con el nacimiento del Derecho penal moderno, momento en el cual los intereses de la víctima pasan definitivamente a un segundo plano, como consecuencia del surgimiento de un Derecho penal público como instrumento del Estado para garantizar la convivencia entre los miembros de la sociedad. Ahora bien, cualquiera de los Códigos penales precedentes al actual – empezando por el primer Código penal de

1822 – han admitido siempre excepciones a la regla general, esto es, determinados tipos penales únicamente perseguibles previa interposición de denuncia o querrela por parte de la víctima. No obstante, éstos por lo general se limitaban a los delitos de injurias y calumnias – contra el honor – y contra la libertad sexual – honestidad –.

(3).- Este especial tratamiento es precisamente el que hace posible hablar de un *Derecho penal privado* que coexistiría con la tradicional concepción pública de nuestro Derecho penal. En efecto, pese a la habitual concepción del Derecho penal como mecanismo de defensa o tutela de intereses – particulares y sociales – siempre en beneficio de la comunidad, el sometimiento del *ius puniendi* a la previa voluntad de la víctima en la persecución de determinados delitos pasa necesariamente por el reconocimiento de la vulneración de intereses especialmente disponibles por aquélla. Especial atención merecen en este sentido los delitos de injurias y calumnias, que al no admitir ni tan siquiera la participación del Ministerio Público, hacen que estos procedimientos guarden más similitudes con un procedimiento civil – privado – que con uno público.

(4).- No obstante lo dicho, el paulatino afán expansivo del Derecho penal, estrechamente relacionado con el hecho de que nuestro Código de 1995 contemple más tipos penales sometidos a este tipo de condiciones que nunca – siendo algunos de los más recientes los que gozan de ese especial tratamiento privativo –, está dando lugar a una cierta involución al favorecer nuevamente esa confusión entre el Derecho público y el privado, aparentemente superada. De un lado, porque efectivamente, tal crecimiento ha provocado la ampliación del ámbito de influencia penal a materias que excederían en muchos casos de lo que bien podríamos denominar el Derecho penal tradicional – como los delitos de abandono de familia e impago de pensiones (arts. 226 y 227), la mayoría de los delitos contra el mercado y los consumidores (arts. 278 a 283 y 286), o los delitos societarios (arts. 290 a 295) –. De otro, porque son en muchos casos delitos inevitablemente vinculados a la esfera particular del ofendido, y que, al contrario de lo que sucede con los delitos clásicos, carecen de esa especial lesividad o alarma social que desde el nacimiento del Derecho penal moderno viene justificando la persecución pública de este tipo de atentados.

CAPÍTULO III. – DEBATE SOBRE LAS CAUSAS DE EXENCIÓN O EXCLUSIÓN DE LA PUNIBILIDAD

§ III. 1. - Heterogeneidad de los presupuestos materiales de la exclusión de la punibilidad

(1).- La consecuencia natural a la comisión del delito es la coerción penal a través de la imposición del castigo. Puede ocurrir, no obstante, que a un injusto culpable no le siga tal respuesta jurídica cuando, excepcionalmente, la ley determine que ella no deba operar pese a la existencia de los demás elementos y caracteres constitutivos de delito – tipicidad, antijuricidad y culpabilidad –; es posible, incluso, que por circunstancias ajenas al propio hecho delictivo, el legislador haya previsto distintas penas en función de si se cumplen determinados presupuestos – v. gr., el tratamiento penal de ese mismo hecho delictivo conforme a la legislación de otro país, como sucede con la violación de inmunidades personales de Jefes de Estado del art. 606.2 CP –. Estamos, por tanto, ante auténticas salvedades en las que la imposición de la sanción quedaría condicionada en función de las circunstancias concretas del caso, siendo una de ellas la exigencia de denuncia o querella privadas en determinados delitos.

En principio, dicha ausencia o condicionamiento de la punibilidad sería independiente de la existencia del delito, por lo que no es posible hablar de una extinción *per se* del mismo. Su razón de ser reside más bien en la voluntaria renuncia del Estado a su punición por razones de diversa índole. El delito, por lo general, existe y es perfecto, si bien a juicio del legislador su no punición produce más ventajas que inconvenientes, siendo oportuna la cesación por motivos dispares aunque claramente interrelacionados, tales como la necesidad o el merecimiento de la pena, razones de política criminal o incluso de justicia material que se irán concretando caso por caso.

Estas excepciones componen un grupo heterogéneo y difícilmente clasificable. En realidad, no existen demasiadas dudas a la hora de identificar aquellas figuras cuyos efectos pueden terminar con la no imposición de la pena pese a la comisión del delito. El problema radica más bien en las dificultades hermenéuticas que nos encontramos en

su posterior categorización, esto es, en la determinación de su naturaleza jurídica, tratamiento y ubicación sistemática, lo que de entrada plantea la duda sobre la posibilidad – o necesidad – de conceptualizar y dar contenido a la punibilidad, e incluso de contar con dicha categoría sistemática. Y dentro de todo este elenco de subcategorías, sin duda alguna, especiales dificultades encierra la distinción entre las condiciones objetivas de punibilidad y los requisitos de perseguibilidad, que equivocadamente suele desembocar, como veremos, en la tradicional discusión doctrinal entre el Derecho penal-sustantivo y el procesal-penal.

En efecto, dejando de un lado por ahora los presupuestos procesales, este tipo de figuras suele situarse dentro del ámbito de la *punibilidad*, entendiéndose por tales todas aquellas instituciones que, no estando directamente vinculadas con el comportamiento antijurídico o con el sujeto culpable, influyen en la imposición del castigo. Sin embargo, existen excepciones cuya ubicación no es ni mucho menos clara, precisamente, por las dudas planteadas entre la doctrina en cuanto su naturaleza de carácter procesal o sustantivo. Es el caso, por citar por el momento solo alguno de ellos, de figuras como el perdón del ofendido, la prescripción, el indulto, determinadas normas de competencia estrechamente relacionadas con las inmunidades o aforamientos y, evidentemente, la denuncia o querella aquí estudiadas. Si bien en algunos casos la doctrina tiende a reconocer claramente su pertenencia al ámbito procesal – como sucede con los requisitos de perseguibilidad –, en otros existe una división mucho mayor – v. gr., como con la prescripción del delito o algunas condiciones de punibilidad –.

(2).- En primer lugar, el art. 130 de nuestro Código penal enumera diversas instituciones *genéricas* o *personales*, dada su posibilidad de afectar, salvo contadas excepciones, a cualquier tipo de modalidad delictiva⁶⁷, pero no a todos los intervinientes, sino únicamente en aquél en que concurra el elemento excluyente de la punibilidad⁶⁸; nos referimos a las denominadas causas de exclusión de la pena, también denominadas en el Código penal causas de “extinción de la responsabilidad criminal”:

⁶⁷ Sobre la distinción entre causas de exención a la punibilidad *genéricas* y *específicas*, vid. COBO DEL ROSAL, M./VIVÉS ANTÓN, T.S. *Derecho penal. Parte General*, 5ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 948 y ss.

⁶⁸ Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, C. *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Edersa, Madrid, 1989, pág. 91 y ss., para quien la diferencia fundamental entre estas causas de exclusión y las condiciones objetivas de punibilidad residiría en que, mientras para el primero de los casos el hecho siempre será punible salvo supuestos especiales que afecten a personas determinadas – sentido negativo –, en las segundas el hecho no es punible para nadie salvo que concurra la condición objetiva.

- (a) Por la muerte del reo.
- (b) Por el cumplimiento de la condena.
- (c) Por el indulto – derecho de gracia –.
- (d) Por el perdón del ofendido – únicamente cuando la ley así lo prevea –.
- (e) Por la prescripción del delito.
- (f) Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.

Como podemos observar a simple vista, en todos estos casos el delito ya se habría cometido, siendo punible de no ser por la concurrencia de alguno de estos factores de carácter excepcional, que hace que la imposición de la pena resulte innecesaria por algún motivo. Asimismo, y dejando de un lado aquellas causas de extinción más evidentes, como la muerte del reo, o el cumplimiento de la condena, y sin perjuicio de que más adelante volveremos sobre el perdón del ofendido con mayor detalle, los motivos tradicionalmente aceptados para el resto de figuras están claramente vinculados, tanto con la política criminal, como con la oportunidad o necesidad de la pena. Así, tanto el indulto como la prescripción justifican la no imposición o, al menos, la innecesidad de cumplimiento de la pena, por lo general, porque habida cuenta de las circunstancias del condenado – para el primero de los casos – o del tiempo transcurrido – especialmente para el segundo – entiende el legislador que el cumplimiento de la condena habría perdido su finalidad, ya sea porque el delincuente ya estuviera reinsertado en la sociedad, porque ya no existe tal alarma social al haber transcurrido cierto tiempo, o por cualquier otro motivo de similar naturaleza. Adicionalmente, cabe destacar otro tipo de justificaciones, de índole mucho más pragmático, pero vinculadas a las anteriores, como las dificultades que puede plantear la persecución y acreditación del delito habiendo transcurrido un determinado lapso de tiempo, razón por la cual parece razonable admitir el instituto de la prescripción, vistas las escasas posibilidades de poder obtener ningún tipo de sentencia condenatoria.

Junto a las anteriores, igual o mayor atención merecen aquellas otras causas *específicas* que, aun no afectando a los elementos propios del delito, pueden llegar a dispensar al agresor de la imposición de la pena. A todas ellas nos referiremos a continuación, vista su estrecha relación con las condiciones de perseguibilidad aquí estudiadas, siendo las generalmente aceptadas entra la doctrina las siguientes:

- (a) Condiciones objetivas de punibilidad.
- (b) Excusas absolutorias.
- (c) Exenciones, inviolabilidades e inmunidades frente a la jurisdicción penal.
- (d) Requisitos de perseguibilidad privada.

De igual modo, este segundo elenco de elementos excluyentes de la punibilidad podría clasificarse entre *personales* o *materiales*, en función de si afectan a todos los sujetos intervinientes o sólo a aquellos donde se cumpla tal condición. La doctrina también se ha referido a ellas como causas *negativas* o *positivas*, según operen como momento positivo para hacer efectiva la sanción – condiciones objetivas de punibilidad – o como momento negativo – prescripción, entre otras –.

(3).- La problemática sobre la distinción entre todas estas figuras existe además desde antiguo, habiendo afirmado ROXIN, *ad exemplum*, al tratar de delimitar las condiciones de punibilidad y las causas de exclusión de punibilidad respecto de los presupuestos de perseguibilidad, que siempre ha habido opiniones diversas sobre si la querella requerida en los delitos perseguibles a instancia de parte es una condición objetiva de punibilidad o un presupuesto de procedibilidad, o si la inmunidad o la extraterritorialidad son causas de exclusión de la punibilidad o presupuestos de procedibilidad, o si la prescripción y el indulto son causas de supresión de la punibilidad o presupuestos de procedibilidad⁶⁹.

Por no haber, en relación con el caso concreto de la exigencia de denuncia o querella, ni siquiera hay unanimidad en cuanto a su denominación, pues la doctrina ha recurrido con frecuencia a diversos apelativos, no siendo difícil, entre todos ellos, encontrar expresiones tales como *condiciones de perseguibilidad*⁷⁰, *condiciones de procedibilidad*⁷¹, *presupuestos procesales*⁷², *presupuestos del proceso*⁷³ o *condiciones*

⁶⁹ ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Thomson Cívitas, Madrid, 2008, pág. 984.

⁷⁰ SEQUEROS SAZATORNIL, F. *Delitos societarios y conductas afines*, 2ª Ed, La Ley, 2006, Madrid, pág. 440.

⁷¹ MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General*, 9ª Ed., Reppertor, Barcelona, 2011, pág. 173; Vid. también DIAZ-MATOTO Y VILLAREJO, J./POLO VEREDA J. *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, pág. 129, quien utiliza indistintamente los términos condiciones de procedibilidad o perseguibilidad para referirse a estas exigencias. También MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *El delito societario de administración desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 86 y 87, y DEL MORAL GARCÍA, A. *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, op. cit., pág. 61.

*objetivas de perseguibilidad*⁷⁴, entre otras tantas. A su vez, cada una de ellas tiene por lo general un significado y alcance distintos, pues mientras los requisitos de perseguibilidad tienen un contenido muy concreto, los procesales suelen ser empleados en referencia a todos los presupuestos con algún tipo de influencia adjetiva o formal en el seno del procedimiento.

Tampoco existe unidad de criterio dentro del propio Código penal, que emplea distinta terminología para, en relación con la exigencia de querella o denuncia, referirse a una misma institución y señalar unos mismos efectos. Nótese a este respecto, v. gr., que mientras el art. 215, sobre calumnias e injurias, afirma que “nadie será penado (...) sino en virtud de querella”, el art. 201, sobre descubrimiento y revelación de secretos dice sin embargo “para proceder (...) será necesaria denuncia”, mientras que el art. 296 dice por el contrario que “los hechos (...) sólo serán perseguibles mediante denuncia”⁷⁵. Todo ello, a pesar de que, aunque los efectos de todos estos preceptos puedan ser los mismos, en puridad no debiera ser lo mismo afirmar que “no se penará”, que decir “no se procederá” o “no se perseguirá”, pues mientras el primer caso presupone la existencia de un procedimiento penal – aunque con sentencia absolutoria –, el segundo está negando su apertura. Veremos más adelante además que tales connotaciones, que según ciertos sectores doctrinales tienen importantes consecuencias, tanto teóricas como prácticas, son habitualmente utilizadas por la doctrina para diferenciar entre los requisitos de perseguibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad.

Por otro lado, la íntima relación que existe entre el Derecho penal sustantivo *-nullum crimen, nulla poena sine praevia lege-* y el Derecho procesal penal *-nulla poena sine legale proceso previo-*⁷⁶, hace que la distinción entre estas figuras sea difícil de

⁷² GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 59.

⁷³ FARALDO CABANA, P. *Rasgos comunes a todos los delitos societarios*, op. cit., pág. 50.

⁷⁴ MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte General*, 8ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 401, donde el autor hace referencia indistintamente a causas objetivas de procedibilidad o perseguibilidad; Vid. también SERRANO GÓMEZ, A. *Delitos societarios y condiciones objetivas de perseguibilidad*, Revista de Derecho UNED, nº 2, 2007, págs. 397 y ss.

⁷⁵ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho y proceso* (Estudios compilados y revisados por GÓMEZ MENDOZA, Mª.), Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 390 y 391, para quien toda esta confusión de términos se debe a “la unidad del ordenamiento penal –sustantivo y procesal– en el pasado”, y más profundamente “por el nexo peculiar que existe entre la pena y el proceso”.

⁷⁶ Un claro ejemplo de esta interconexión puede encontrarse en sus propias leyes, pues mientras el art. 1 LECrim. dice que “No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente”, el art. 1.1 CP afirma, en términos

determinar por la doctrina⁷⁷, especialmente entre quienes asumen la necesidad de distinguir entre ambas ramas del Derecho penal. De hecho, la problemática de dicha delimitación va mucho más allá, pues ni tan siquiera existe una posición unánime entre la doctrina en cuanto a su naturaleza a la hora de distinguir entre cuestiones penales y procesales, lo que de entrada podría llevarnos a cuestionar si efectivamente las cuestiones de perseguibilidad objeto del presente trabajo pertenecen al Derecho penal material o al formal⁷⁸. Cuestión ésta que no ofrece tantas dudas en relación con las condiciones objetivas de punibilidad, donde existe una opinión prácticamente generalizada en cuanto a su pertenencia al Derecho penal sustantivo⁷⁹.

Todo ello, es decir, el hecho de que cada autor haya procedido al estudio de las condiciones de perseguibilidad desde una perspectiva distinta, que les haya otorgado una denominación diferente, unido a otros tantos elementos como que bajo dicha rúbrica se encuentra, al igual que sucede con los elementos de punibilidad, un aparente número heterogéneo de elementos, sobre los cuales rige además una disparidad absoluta a la hora de señalar su fundamento, hace que su estudio sea ciertamente difícil.

§ III. 2. - ¿Condiciones objetivas de punibilidad?

(1).- Resultan sorprendentes las controversias que plantean las condiciones objetivas de punibilidad en la ciencia penal, en parte, debido a la pluralidad de supuestos contemplados en nuestro ordenamiento. Desde su propia existencia, hasta su fundamento, pasando por su naturaleza jurídica, identificación, tratamiento o ubicación

verdaderamente parecidos, que “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración.”

⁷⁷ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 170, que equipara las condiciones objetivas de punibilidad con las de penalidad.

⁷⁸ En este sentido, tradicionalmente existen tres posturas diferenciadas. Vid. al respecto ARAGONESES ALONSO, P. *Instituciones de Derecho procesal penal*, 3ª Ed., Graf. Rubí, Madrid, 1981, pág. 240 y ss., que distingue entre las tradicionales *teoría del derecho material o sustancial*, que valora este requisito como una condición de punibilidad; la *teoría procesal*, que sostiene que la instancia de parte privada es una condición de procedibilidad, puesto que el delito existirá con independencia de si se denuncia o no; y otras *teorías mixtas*, entre las que destaca la denominada *discriminatoria* que entiende que la pertenencia a uno u otro ámbito dependerá de la concreta definición del tipo penal. Más recientemente, vid. entre otros FARALDO CABANA, P. *Rasgos comunes a todos los delitos societarios*, op. cit., Pág. 50 para quien este tipo de requisitos son realmente presupuestos del proceso que, aun estando expresamente reguladas en el Código penal, pertenecen al Derecho adjetivo.

⁷⁹ MAPELLI CAFFARENA, B. *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica de Publicaciones, Madrid, 1990, pág.103.

sistemática. En una primera aproximación, podríamos decir que son los elementos que, por sus especiales características, condicionan la punibilidad del delito, pero sin ser encuadrables en ninguna de las categorías tradicionales del mismo – tipicidad, antijuricidad, culpabilidad –, si bien existen posiciones discrepantes en torno a cuestiones tales como su pertenencia al tipo⁸⁰ o su condición como una quinta categoría integrante del concepto de delito.

Las condiciones objetivas de punibilidad contempladas en nuestro Código penal son muchas y de muy diversa índole, pudiendo incluso contemplarse distintas subcategorías. Así, la doctrina tiende a distinguir entre las *propias* e *impropias*⁸¹: las primeras – también denominadas *genuinas* – quedarían al margen del injusto, toda vez que, aun sin la presencia de la condición, el hecho seguiría siendo merecedor de pena. Piénsese, v. gr., en la condición de reciprocidad a que está sometido el delito de violación de la inmunidad personal del Jefe de otro Estado o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado – art. 606 CP – cuya punición dependería del hecho objetivo de la existencia de un tratamiento equitativo conforme a la legislación nacional de la víctima del delito. En función de las circunstancias concretas del caso, el delito podrá sancionarse, bien con la pena de prisión de seis meses a tres años, si es que las leyes del país del ofendido gozasen de una penalidad recíproca, bien de la pena propia del delito en caso contrario. No varía por tanto la antijuricidad de la conducta ante la ausencia de esa reciprocidad de trato, que sin embargo sí condiciona la distinta punibilidad por razones de política criminal – una mayor protección de nuestro Jefe de Estado en ese otro país –. Salta a la vista por tanto la ajenidad de tales condiciones al principio de culpabilidad.

⁸⁰ Vid., v. gr., LÓPEZ BARJA, J. *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 4ª Ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 741, para quien las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias a cuya presencia el legislador supedita la existencia del delito en relación en tipos penales concretos. La materialización de la condición dará lugar a que exista un delito, por lo que su presencia condiciona la penalidad del injusto. Desde este punto de vista, las condiciones objetivas de punibilidad se integran en los elementos del tipo. Más ampliamente, vid. también GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el Derecho penal*, op. cit., pág. 34 y ss.

⁸¹ Entre quienes distinguen tales categorías, teoría inicialmente defendida por la doctrina alemana, vid. JESCHECK, H-H, *Tratado de Derecho penal*, Comares, Granada, 1993, traducido por MANZANARES SAMANIEGO, J. L., pág. 504 y ss. Entre la doctrina española, tal diferenciación comenzó a asentarse en la década de los ochenta, pudiendo destacarse, por todos, a MARTÍNEZ GARCÍA, C. *Las condiciones objetivas de punibilidad*, op. cit., pág. 32 y ss.

Otros ejemplos de condiciones *propias* podrían ser los umbrales económicos contemplados en muchos de los delitos patrimoniales, como el hurto – arts. 234 y 623.1 –, o los dispuestos en los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social de los arts. 305 y siguientes – 120.000 € para los fraudes contra la Hacienda Pública y 50.000 para los que atentan contra la Seguridad Social, entre otros –, o los 600.000 € de beneficio ilícito exigidos por el art. 285 en los delitos bursátiles de uso indebido de información privilegiada. Algunos posicionamientos doctrinales incluyen aquí, incluso, como condición objetiva de punibilidad propia el art. 23.2 b) LOPJ⁸², que prevé que los Juzgados y Tribunales puedan conocer de delitos cometidos fuera del territorio nacional, siempre que éstos hubieran sido cometidos por españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho, y cuando el agraviado o el Ministerio Fiscal interpusiere de denuncia o querrela ante los mismos. Tal excepción guarda sin duda una estrecha relación con la opción – principio de oportunidad – ofrecida a la víctima de perseguir el delito en uno u otro lugar – razón por la cual, entre otras, el art. 23.2 a) exige que el hecho sea punible también en ese otro país –, más que con el hecho de que dicho acto pueda ser perseguido o no en términos absolutos, como sucede con todos los tipos que acabamos de referir.

Paralelamente nos encontraríamos con las condiciones *impropias*, que aun estando al margen de la culpabilidad, sí contribuyen sin embargo a fundamentar el injusto, razón por la cual algunos las consideran integrantes del tipo penal. Es el caso de la exigencia de sentencia o auto de sobreseimiento o archivo firmes en los delitos de acusación y denuncia falsa del art. 456, donde mientras no se dé efectivo cumplimiento a dicha condición, no será posible perseguir el delito; o en el hecho de no dar noticia del paradero de la persona ilegalmente detenida como agravante de la pena conforme al art. 166, en tanto que agravaría la pena a imponer.

(2).- La amplia variedad de estas condiciones objetivas de punibilidad ha sido reconocida igualmente por nuestro Tribunal Supremo, y las dudas sobre algunas de ellas han dado lugar a distintas corrientes jurisprudenciales. Así, v. gr., podemos destacar los ya citados umbrales mínimos en los distintos delitos contra la Hacienda pública, cuyo tradicional fundamento en opinión de la Sala Segunda residirá en motivos de política

⁸² MARTÍNEZ GARCÍA, C. *Las condiciones objetivas de punibilidad*, op. cit., pág. 155 y ss.

criminal, conforme a los cuales el legislador habría optado por someter a otro tipo de (rigurosas) sanciones pecuniarias de carácter administrativo aquellas sanciones que no superasen un determinado perjuicio económico⁸³; o en los delitos bursátiles de utilización de información privilegiada del art. 285.1⁸⁴; o la previa declaración de concurso en el delito de insolvencia punible del art. 260⁸⁵; o la exigencia de sentencia condenatoria en el supuesto agravado de delito de falso testimonio del art. 458.2⁸⁶.

Mayores problemas plantean otros requisitos como la exigencia de actuaciones procesales en el delito de acusación y denuncia falsa del art. 457, que aun cuando durante años fueron identificados como condiciones objetivas de punibilidad⁸⁷, de un tiempo a esta parte vienen siendo vinculados a la acción típica del delito. En concreto, entiende la más reciente doctrina jurisprudencial que, si bien anteriormente era considerada una condición objetiva de punibilidad en un delito de mera actividad, situando la consumación en el momento en que la *notitia criminis* llegaba a conocimiento del funcionario que tenía el deber de averiguación, la actual consideración del mismo como delito de resultado impide tal apreciación. En efecto, dado que en la actualidad el Tribunal Supremo admite la tentativa en aquellos supuestos en que la denuncia no llega a producir esa actuación procesal, este elemento del tipo es entendido más como el resultado de la acción típica que como una condición objetiva de punibilidad⁸⁸.

(3).- Como en casi todas las cuestiones, tampoco en cuanto a su fundamento y finalidad es posible encontrar un criterio pacífico, al igual que sucede con el resto de causas de exclusión de la punibilidad que abordaremos someramente a continuación. No obstante, y dejando de un lado obviamente el injusto y la culpabilidad, por lo general suelen alegarse consideraciones político-criminales, meta-penales – político-legislativas –, o vincularse a razones de utilidad, conveniencia u oportunidad, necesidad o merecimiento de la pena: *merecimiento*, en la medida en que la punibilidad vendría determinada a partir de la valoración del daño social, determinado no sólo del desvalor y el resultado

⁸³ Vid. SSTS de 19 de mayo de 1997, 4 de julio de 1997, 26 de octubre de 2005, entre otras muchas.

⁸⁴ Vid. STS de 21 de diciembre de 2010, recaída en el conocido como “caso Tabacalera”.

⁸⁵ Vid. STS de 18 de julio de 2006, que exige estima la antigua declaración civil de quiebra como una condición objetiva de punibilidad.

⁸⁶ Vid. SSTS de 21 de octubre de 2002 y 6 de marzo de 2006.

⁸⁷ Vid. SSTS de 23 noviembre de 2001, 6 de marzo de 2002 y 23 de noviembre de 2004.

⁸⁸ Vid. STS de 19 de octubre de 2005.

de la acción, sino también de la naturaleza del bien jurídico, cuyo mayor rango justificaría la coerción penal para garantizar la paz jurídica; *necesidad*, que a diferencia que la anterior, basada en un juicio de desvalor ético-social, encuentra su apoyo en los fines de la pena estatal, en el entendimiento de que ésta es la única para proteger a la comunidad de lesiones o amenazas a bienes jurídicos dignos de protección penal⁸⁹; *política criminal*, estrechamente relacionada con las *razones utilitarias* y con principios como el de *intervención mínima* del Derecho penal, que por ser empleado por la doctrina de forma ciertamente indiscriminada en infinidad de escenarios de diversa índole es de difícil acotación, pero que podríamos entender como la opinión y criterio de carácter jurídico, económico o social, seguidos por el legislador para prevenir y reaccionar frente la criminalidad⁹⁰.

Al final, el problema lo encontramos nuevamente en la amplitud de todas estas figuras, que hacen difícil poder identificar la *ratio* de su existencia. Si pensamos, v. gr., en la ya citada violación de inmunidad de Jefes de Estado, es claro que no es posible alegar ningún tipo de carencia del merecimiento o necesidad de la pena, sino más bien en un interés del legislador en animar a los estados extranjeros a proteger a nuestros propios Jefes de Estado. El hecho de que, mientras actualmente el delito fiscal tenga como límite de la punibilidad la cantidad de 120.000 euros, el delito contra la Seguridad Social haya fijado su umbral únicamente en 50.000 euros – tras la LO 7/2012, de 27 de diciembre, pese a que su naturaleza es muy similar a la de los delitos fiscales –, parece que, más allá de política criminal o de merecimiento de la pena, nos encontramos ante un interés político-social con un tinte exclusivamente recaudatorios⁹¹.

Así las cosas, a la hora de concretar este fundamento último, no podemos sino reducirlo a razones de oportunidad y conveniencia⁹², en relación obviamente con la condición de

⁸⁹ MAPELLI CAFFARENA, B. *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, pág. 29 y ss. Vid. también GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el Derecho penal*, op. cit., pág. 49 y ss.

⁹⁰ Así ha sido definido, desde el punto de vista político, por BORJA JIMÉNEZ, E. *Curso de política criminal*, op. cit., pág. 20.

⁹¹ No en vano, la exposición de motivos de dicha ley, a la hora de justificar la rebaja de este umbral, habla sencillamente de criterios económicos, políticos y sociales, así como de que “la realidad social y económica actual pone de relieve la necesidad de actuar, con mayor contundencia, frente a conductas presuntamente delictivas y tramas organizadas que ponen en peligro la sostenibilidad financiera del Sistema de la Seguridad Social”.

⁹² MAPELLI CAFFARENA, B. *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, pág. 35 y ss.

ultima ratio del Derecho penal. En efecto, vista la pluralidad de condiciones objetivas de punibilidad, así como su distinta naturaleza y objetivos, los antedichos fundamentos de política criminal, necesidad, merecimiento de la pena, etc. únicamente resultarían aplicables, en el mejor de los casos, en supuestos muy concretos, y en algunos casos con no pocas reservas. Piénsese en el ya aludido supuesto de los delitos contra la Hacienda Pública, donde de haberse mantenido cierta unidad de criterio entre los atentados contra el Erario Público y la Seguridad Social, quizás podría hablarse del merecimiento de la pena o de la aplicación de una cierta política criminal, en el sentido de que a partir de cierto desvalor podría justificarse la coerción penal; sin embargo, la actual disparidad entre ambos tipos evidencia que el legislador tiende a moverse por simple conveniencia, atendiendo a la realidad económica y social del momento, para establecer unos u otros límites cuantitativos. Es por ello que, únicamente si acudimos al principio de oportunidad – sobre el que volveremos más adelante –, es posible encontrar un único y último asiento sobre el que resulta posible justificar este tipo de figuras, conforme a las cuales en algunos casos puede no ser recomendable la intervención del Derecho penal.

§ III. 3. - *¿Excusas absolutorias?*

(1).- Las excusas absolutorias son aquellas que, una vez perfeccionado el delito, eximen de la imposición de la pena a determinadas personas y bajo determinadas circunstancias⁹³. A diferencia de las condiciones objetivas de punibilidad, en estos casos, en vez de exigirse la concurrencia de una circunstancia adicional, es la ausencia de un elemento determinado la que evita la imposición de la pena⁹⁴. De igual modo, y en el mismo sentido ya visto en relación con aquéllas, su ratio suele vincularse a razones de política criminal en virtud de las cuales resultaría innecesaria o inconveniente la

⁹³ Vid. LÓPEZ BARJA, J. *Tratado de Derecho penal. Parte General*, op. cit., 743, para quien la denominación de las excusas absolutorias se debe a SILVELA, quien por motivos “transitorios y de conveniencia”, estas producen el efecto de eximir de responsabilidad criminal a la persona que ejecuta un hecho castigado por la ley ya que resulta “más útil tolerar el delito que castigarle aun conociendo que existe delito y que hay persona que pudiera responder”. Vid. también HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 29, para quien el origen de las excusas absolutorias sería francés, pudiendo distinguirse, siguiendo a BOUZART, entre aquéllas que extinguen totalmente la pena, y las que únicamente la atenuarían; por su fundamento, también podrían clasificarse entre las utilitarias, las que admiten la reparación del mal causado, y las que se basan en los lazos familiares y sentimientos de afecto.

⁹⁴ GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el Derecho penal*, op. cit., pág. 33.

intervención del Derecho penal⁹⁵, si bien, por las mismas razones ya expuestas en el caso anterior, su fundamento último estaría más vinculado con razones utilitarias y de oportunidad.

(2).- Como sucede con todas estas causas de exención de la punibilidad, la doctrina está verdaderamente dividida llegado el momento de clasificarlas. Dada la absoluta confusión ofrecida por el Código penal, resulta verdaderamente fácil ver cómo, mientras algunos autores incluyen algunas de estas excepciones entre las anteriormente denominadas condiciones objetivas de punibilidad, otros las tildan de excusas absolutorias. No obstante lo expuesto, y con independencia de que podamos estar más o menos de acuerdo, entre dichas figuras el Código penal contempla las siguientes⁹⁶:

- (a) Consentimiento válido, libre y consciente en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo – art. 156 –.
- (b) Convalidación ulterior del matrimonio ilegal – art. 218.2 –.
- (c) Comunicación del lugar del estancia al otro progenitor, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción del menor con el compromiso de devolución inmediata, o cuando la ausencia fuere inferior a dicho lapso temporal – art. 225 bis.4 –.
- (d) Delitos patrimoniales cometidos sin violencia ni intimidación, entre los cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza o adopción y afines en primer grado si viviesen juntos – art. 268 –.
- (e) Regularización en los delitos contra Hacienda Pública, Seguridad Social y los fraudes de subvenciones – arts. 305.4, 307.3 y 308.4, respectivamente –.

⁹⁵ HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *Las excusas absolutorias*, op. cit., pág. 65 y ss.

⁹⁶ Sin perjuicio de otras más dudosas que en ocasiones han sido consideradas por la doctrina como tales, como la evitación voluntaria de la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada (con independencia de la responsabilidad en que pudiera incurrir por los actos ya ejecutados, si estos fueren constitutivos de delito o falta) – art. 16 –.

- (f) Ausencia de propagación del incendio por la acción voluntaria y positiva del autor – art. 354.2 –.
- (g) Denuncia del delito de cohecho antes de la apertura del procedimiento, siempre que no hubieren transcurrido más de dos meses desde la comisión del hecho – art. 426 –.
- (h) Encubrimiento entre parientes – art. 454 –.
- (i) Retracción en el falso testimonio en tiempo y forma – art. 462 –.
- (j) Revelación del delito de sedición a tiempo para poder evitar sus consecuencias – art. 459.1 –.
- (k) Revelación del delito de rebelión a tiempo para poder evitar sus consecuencias – art. 480.1 –.

Adicionalmente, el Código penal prevé otras tantas figuras que, aun siendo similares, no pueden ser consideradas excusas absolutorias *per se*. Nos referimos, entre otras, a la eximente de los delitos de calumnias e injurias a quien pruebe la veracidad del hecho criminal imputado – arts. 207 y 210, respectivamente, e incluso también en los casos de atentados contra el honor de instituciones como el Gobierno de la Nación, el Consejo General del Poder Judicial o el Tribunal Constitucional *ex* art. 504 –. Tales casos, no pueden ser considerados en tal categoría en la medida en esos requisitos formarían más bien parte de los elementos del tipo.

(3).- Por lo demás, y como veremos, los motivos que han dado lugar a todas las anteriores excusas absolutorias, tienen enormes parecidos con los que más adelante esgrimiremos respecto de los requisitos de perseguibilidad. Por lo general, todas ellas responden a motivos de oportunidad, especialmente, de utilidad social. En los delitos que vinculan a parientes – encubrimiento, sustracciones, delitos contra el patrimonio, matrimonios ilegales –, sin duda alguna la estimación de este tipo de eximentes responde a la utilidad social de preservar y respetar la unidad familiar. En las excusas relacionadas con la regularización de las obligaciones administrativas – fraudes contra

la Hacienda Pública, Seguridad Social, subvenciones –, nos encontramos ante un fundamento igualmente utilitario de reconocimiento voluntario del delito y pago de las cantidades defraudadas⁹⁷. Y lo mismo podría decirse respecto de aquellas otras vinculadas a la confesión del delito – falso testimonio, cohecho, sedición, rebelión –, cuya clara voluntad de evitar o facilitar la persecución del delito no es sino una manifestación del principio de oportunidad.

§ III. 4. - Exenciones, inviolabilidades e inmunidades frente a la jurisdicción penal

(1).- Con carácter general, afirma el art. 4 LOPJ que la jurisdicción “se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes”. No obstante, existen circunstancias específicas en las que, en función de las particularidades del caso y, más en concreto, de las ejercidas por determinadas personas, la ley prevé determinadas excepciones a partir de las cuales determinadas personas están, temporal o permanentemente, sustraídas a los efectos de la ley penal.

Así, podemos distinguir entre *exenciones*, *inviolabilidades* e *inmunidades* y *aforamientos*, según nos encontremos ante retrocesos del propio Estado para perseguir determinadas acciones a favor de la ley de otro Estado; impunidad de determinadas personas ante la comisión algún delito; o determinados obstáculos para perseguir los delitos cometidos por algunas personas. Estos últimos son a los que deberemos prestar una mayor atención.

(2).- Las inviolabilidades pueden ser absolutas o relativas. Su fundamento radica en la especial posición que ocupan algunas personas, y pueden estar limitadas únicamente al tiempo de vigencia del cargo, o continuar operando una vez aquéllos hayan cesado en sus funciones.

Entre todas ellas, destaca en primer lugar la del Rey, reconocida en el art. 56.3 de nuestra Constitución, tanto de su inviolabilidad como de su no sujeción a

⁹⁷ LÓPEZ BARJA, J. *Tratado de Derecho penal. Parte General*, op. cit., 745.

responsabilidad. Y en un segundo plano, encontramos las propias de los Diputados y Senadores – art. 71 CE –, los Diputados de las Asambleas Parlamentarias Autonómicas, el Defensor del Pueblo y sus adjuntos – art. 6 LODP –, y los Magistrados del Tribunal Constitucional – art. 22 LOTC –; con carácter general únicamente durante el desempeño de dichos cargos, si bien en algunas ocasiones tal excepción puede persistir aun después de haber cesado. En estos casos, pese a la comisión del delito, éste no resulta punible como consecuencia, no de una especie de patente de corso para poder llevar a cabo determinadas conductas prohibidas para el resto de los ciudadanos, sino ante un elenco de garantías constitucionales que puedan evitar poner en peligro este tipo de instituciones – Monarquía, Cortes, etc. – al ser objeto de persecución penal. Sin duda alguna, un nuevo supuesto en el que la utilidad o la oportunidad de la pena es la que, en opinión del legislador, recomienda no sancionar determinados supuestos.

(3).- Adicionalmente, en el plano internacional, la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, dentro de los límites y extensión de la jurisdicción, exime en su art. 21.2 “los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de Derecho Internacional Público”. Así, gozarían de inmunidad, entre otras, los Jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los Jueces y Abogados Generales del Tribunal de Justicia, Diputados del Parlamento Europeo, Defensor del Pueblo Europeo, Miembros del Consejo de Europa, Agentes Diplomáticos, Funcionarios y empleados consulares, el Ejército en tránsito y misiones y Organismos de las Naciones Unidas, entre otros tantos.

(4).- De entre todos ellos, los que más relación guardan con los requisitos de perseguibilidad, sin duda alguna son las *inmunidades* y *aforamientos*, reconocidas tanto por el Código penal – incluso las de los parlamentarios regionales, en los arts. 499 y siguientes –, como por la Ley de Enjuiciamiento Criminal – al configurar en su art. 666.5ª como artículo de previo pronunciamiento “la falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que sea necesaria, con arreglo a la Constitución y a las Leyes Especiales” –. De un lado, en la medida en que el art. 71 de la Constitución reconoce, tanto la inviolabilidad de los Diputados y Senadores por las opiniones vertidas en el ejercicio de sus funciones, como la inmunidad salvo en casos de delito flagrante. De otro lado, es de destacar la autorización oficial o la orden para la

persecución penal, conforme a lo dispuesto por los arts. 71.2 CE⁹⁸ y 5 de la Ley de 9 de febrero de 1912⁹⁹, sobre inmunidades parlamentarias, para el procesamiento o imputación de Diputados y Senadores *-supplicatorio-*¹⁰⁰.

§ III. 5. - *¿Presupuestos procesales y requisitos de perseguibilidad privada?*

(1).- Dada la falta de definición mostrada por lo general en la doctrina penal y procesal penal, no resulta infrecuente acudir a estudios propios del procedimiento civil para abordar esta materia, tanto en lo que se refiere a los presupuestos procesales previstos en el Derecho procesal penal en general, como respecto de los denominados requisitos de procedibilidad entre los que comúnmente se incluye la exigencia de querella o denuncia privadas objeto de este trabajo.

En la doctrina civil, cuando hablamos de requisitos procesales en el más amplio sentido del término, la doctrina científica tiende a acudir de forma casi unánime a BÜLOW y a su esencial libro *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, a la hora de definir este tipo de requisitos, para quien los denominados *presupuestos procesales* constituyen los requisitos de admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda relación procesal, en la medida en que los mismos determinan las condiciones para la constitución de la relación jurídica procesal y de los que depende su nacimiento¹⁰¹. Los presupuestos procesales tienen a su vez origen, en opinión de este mismo autor, en el proceso formulario romano, debiendo ser examinados en la fase *in iure* ante el Pretor – es decir, en el trámite preparatorio anterior al trámite de fondo ante el *iudex* –, que estaba destinado únicamente a la determinación de la relación procesal

⁹⁸ Art. 71.2 CE: “Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.”

⁹⁹ Art. 5 Ley de 9 de febrero de 1912, sobre inmunidades parlamentarias: “Sólo al Tribunal Supremo, o en su caso al Consejo Supremo de Guerra y Marina, corresponde la facultad de pedir autorización al Senado o al Congreso para procesar a un Senador o Diputado. / Al efecto, dirigirá *supplicatorio* al Cuerpo Colegislador correspondiente, acompañando testimonio de las actuaciones que estime necesarias y del dictamen fiscal, si lo hubiere. / El Tribunal Supremo o el Consejo Supremo de Guerra y Marina, en los respectivos casos, resolverán lo que proceda, según las leyes, acerca de la prisión de los Senadores y Diputados sorprendidos en flagrante delito y contra los cuales se hayan incoado diligencias.”

¹⁰⁰ En este sentido, vid. también arts. 57.2º y .3º y 73.3 a) y b) LOPJ.

¹⁰¹ BÜLOW, O. v. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964, traducido por ROSAS LICHTSCHEIN, M. A., pág. 5 y 6.

mediante la verificación de la competencia, capacidad procesal de las partes, legitimación de los representantes, etc¹⁰².

(2).- Si acudimos nuevamente al orden civil para intentar encontrar algún tipo de referencia, nos encontramos con que tampoco en este ordenamiento existe una unidad de criterio a la hora de clasificar los presupuestos procesales en dicho ámbito. No obstante, a partir de las distintas clasificaciones que ofrece la doctrina civil y de la amplia definición ofrecida por BÜLOW, algunos autores han procedido a clasificar los requisitos de índole procesal penal de la siguiente forma¹⁰³, incluyendo entre todos ellos el requisito relativo a la interposición de la querrela o denuncia que ahora nos ocupa, partiendo a su vez de la previa distinción entre *requisitos de procedibilidad* en sentido estricto, y *óbices procesales*:

(I).- *Requisitos de procedibilidad*, cuya concurrencia es imprescindible para la obtención de una resolución sobre el fondo. Dichos requisitos pueden clasificarse de la siguiente forma:

I.1.- Presupuestos o requisitos relativos al órgano jurisdiccional, que son tanto los relativos a la jurisdicción y competencia del Tribunal – competencia internacional, jurisdicción por razón de materia, competencia objetiva, competencia territorial y competencia funcional –, como los relativos a la legítima constitución del Tribunal – reparto, abstención y/o recusación de Jueces y Tribunales –.

II.2.- Presupuestos o requisitos relativos a las partes: capacidad para ser parte, para comparecer en juicio y en causa por delito, representación a través de Procurador y asistencia de Letrado.

¹⁰² BÜLOW, O. v. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, op. cit., pág. 91 y ss.

¹⁰³ CHOZAS ALONSO, J. M. *Los presupuestos procesales en el proceso penal y su tratamiento procesal*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, ISSN 1138-039X, nº 1, 2007, pág. 205; en parecido sentido Vid. KAUFMANN H. *Pretensión penal y derecho a la acción penal*, op. cit., pág. 113 y 114, donde asumiendo la clasificación llevada a cabo por JOHN, se enumeran los presupuestos procesales de la siguiente forma: que el procedimiento en cuestión tenga naturaleza penal; que la pretensión penal sea efectivamente perseguible; que dicha pretensión pueda ser reclamada frente a alguien con capacidad penal para el proceso penal; que sea igualmente reclamada frente a un Tribunal debidamente formado; y que dicho Tribunal sea además competente desde un punto de vista objetivo y territorial.

II.3.- Otros requisitos procesales, que (i) podrán ser exigidos al comienzo del procedimiento, entre los que se encuentra la participación del Ministerio Fiscal, según se trate de delitos públicos o semipúblicos, la correcta utilización del procedimiento en función del delito en cuestión, la previa interposición de denuncia o querella en casos de delitos semipúblicos o privados, la existencia de una persona imputada, la previa autorización para imputar a personas aforadas (suplicatorio); o (ii) al abrirse el juicio oral, como la presencia física del imputado en los supuestos exigidos por la ley, o la solicitud de la apertura del juicio oral por parte del Ministerio Público o la Acusación Particular y/o Popular, en su caso.

(II).- *Óbices procesales*, cuya presencia impedirá un pronunciamiento sobre el fondo, que siguiendo la doctrina civil, serían la litispendencia y la cosa juzgada.

A partir de lo anterior, para que el Tribunal pueda dictar una sentencia sobre el fondo, será necesaria la concurrencia de todos los requisitos procesales antes citados, y la inexistencia de óbice procesal alguno.

(3).- Desde esta perspectiva, en principio podría resultar fácil equiparar a la exigencia de *denuncia* o *querella privadas* con el resto de requisitos procesales, dados los más que evidentes elementos en común, en la medida en que todos ellos pueden ser entendidos como una serie de requisitos formales exigibles para la incoación del procedimiento penal. Sin embargo, existen dos elementos esenciales que obligan a considerar a esta figura de forma autónoma en relación con el resto de elementos procesales propiamente dichos. De un lado, porque como ya hemos dicho tanto la exigencia de previa denuncia o querella – como en cierta medida también sucede con otras figuras como la licencia del juez para proceder por los delitos de injurias y calumnias vertidas en juicio *ex art.* 215.2 – son excepciones dispuestas por el legislador, de similar naturaleza al resto de exenciones a la punibilidad, cuya finalidad no es otra que la de restringir el derecho del *ius puniendi* para perseguir (a través del Ministerio Público, por lo general) y sancionar determinados delitos dadas las circunstancias excepcionales que rodean al caso. Extremo éste que nada tiene que ver con los requisitos de procedibilidad propiamente dichos ya expuestos, relacionados más bien con circunstancias comunes tales como el órgano que debe conocer sobre una materia, la persona legitimada para interponer la acción, o la innecesidad de iniciar acciones porque ya existe resolución al respecto –

cosa juzgada – o, al menos, un procedimiento paralelo entre las mismas partes y sobre la misma materia – litispendencia –. Por otro lado, porque, en este caso concreto, tal renuncia a sancionar un delito que se ha cometido reside en la *voluntad subjetiva* del ofendido o agraviado por el delito. En efecto, mientras todos los requisitos procesales ya citados se imponen de forma genérica a todos los procedimientos penales para su correcta apertura y normal desarrollo procesal, sin depender en absoluto de la opinión de las partes, el sometimiento de un determinado delito a la previa interposición de denuncia o querella es en realidad una nueva renuncia del *ius puniendi* a perseguir determinados ilícitos por unos motivos muy específicos estrechamente relacionados con las especiales características inherentes a los mismos. Por tales motivos, la exigencia de denuncia o querella ha de ser considerada como una *condición de perseguibilidad privada*, traducida en la manifestación del sujeto pasivo del delito a través de la denuncia o querella para la persecución del delito, distinguiéndola así de los generalmente conocidos como *presupuestos procesales*¹⁰⁴.

Como ya hemos dicho, la clave está, en consecuencia, en si el requisito afecta a la posibilidad de imponer la pena, o a la viabilidad de su persecución – v. gr., ante un Juez concreto – por tratarse de una cuestión estrictamente procesal¹⁰⁵. Y, desde esta perspectiva, los requisitos de perseguibilidad están mucho más vinculados con las condiciones objetivas de punibilidad que con los presupuestos procesales. Efectivamente, existen diferencias, empezando porque mientras con las *condiciones objetivas de punibilidad* el Estado renuncia a su potestad punitiva respecto de un delito por entender que el hecho no es merecedor de sanción penal, mediante los *requisitos de perseguibilidad* mantiene la consideración de éste respecto de la existencia de un hecho delictivo, pero sometiendo su punibilidad a la voluntad de la víctima. En efecto, aquí es donde radica la diferencia: en la pretensión del ofendido, de carácter futuro e incierto. Sin embargo, o mejor dicho, a pesar de ello, las particularidades que diferencian a ambas figuras de los requisitos de procesales son evidentes.

Por esta razón, y en la medida en que dichos requisitos son exigidos, como acabamos de comentar, para poder perseguir un determinado delito, o para poder proceder contra el

¹⁰⁴ Vid. SEQUEROS SAZATORNIL, *Delitos societarios y conductas afines*, op. cit., pág. 440.

¹⁰⁵ MENDES DE CARVALHO, E. *Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN1695-0194, nº 7, 2005, pág. 12, disponible desde Internet en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-10.pdf> (consultado el 26 de marzo de 2014)

presunto culpable, entendemos que el término más adecuado es el de *requisito de perseguibilidad privada* o *condición subjetiva de perseguibilidad*, pues sin duda alguna son los que más ayudan a entender su fundamento y, lo que es más importante, a diferenciarlos de los presupuestos de procedibilidad.

§ III. 6. - Equivalencia entre los requisitos de perseguibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad: integración de los presupuestos de la punibilidad

(1).- Cualquiera de los múltiples esfuerzos tendentes a establecer distinciones entre las referidas causas de exclusión o excepción a la punibilidad generalmente aceptadas por la doctrina, plantea infinidad de problemas de difícil solución. Especialmente, cuando hablamos de los requisitos de perseguibilidad privada – considerados por una amplia mayoría como condiciones de procedibilidad – y las condiciones objetivas de punibilidad, que, a pesar de sus innegables diferencias, debieran ser consideradas todas ellas dentro de una misma categoría.

Con carácter general, resulta relativamente frecuente encontrar cierta preferencia por partir de la base de que, mientras los requisitos de perseguibilidad afectan a la celebración de proceso penal, las condiciones de punibilidad constituyen causas objetivas que condicionan la imposición de la pena. De este modo, la consideración de cada una de estas excepciones como causa de exclusión de la procedibilidad o de la punibilidad dependerá en cierta medida, o bien de su pertenencia al tipo penal – no en vano, una amplia corriente doctrinal considera a esta última como una categoría más dentro del concepto de delito¹⁰⁶ – o, cuando menos, a la figura del delito en sentido amplio. Dicho en otras palabras, la clave del problema tenderá a centrarse en si el supuesto en cuestión conecta con razones sustantivas que afecten a la existencia material del delito o si, por el contrario, encuentra su fundamento en consideraciones estrictamente procesales que no influyan sobre el concepto del delito y únicamente tengan incidencia en la apertura del procedimiento. Siguiendo dicho criterio, existe una tendencia casi generalizada a situar a la denuncia o querella privadas entre los

¹⁰⁶ Vid. HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias*, op. cit., pág. 27.

presupuestos del procedimiento penal¹⁰⁷; por contra, cuando nos encontramos ante otro tipo de excepciones, como sucede con la exigencia de sentencia firme o auto de sobreseimiento del art. 456.2, existe una mayor divergencia entre quienes se postulan a favor de su consideración como condición objetiva de punibilidad¹⁰⁸ o como requisito de procedibilidad¹⁰⁹.

Según el supuesto concreto ante el que nos encontremos, la confusión entre ambas figuras puede llegar a ser absoluta. Así, algunos autores entienden que entre los requisitos de perseguibilidad, además de la exigencia de interposición de denuncia o querella, cabría incorporar otros tantos más, no ya por estar estrechamente relacionados con el proceso, sino por su vinculación a la aplicación del proceso penal – en el sentido de que, si no concurren estos requisitos, tampoco es posible la imposición de la pena –¹¹⁰. Y entre ellos, podríamos encontrar, v. gr., la necesidad de que haya recaído sentencia absolutoria, o auto firme de sobreseimiento o archivo, del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada para poder proceder contra el denunciante o acusador por el delito de acusación o denuncia falsa del artículo 456.2 del Código penal; la exigencia de certificación de haber celebrado el acto previo de conciliación, o de haberlo intentado sin efecto para ejercer la acción por los delitos de injurias o calumnias – art. 804 LECrim. –; la previa licencia judicial para deducir acción de las injurias o

¹⁰⁷ Por todos, vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E. / HUERTA TOCILDO S. *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*, Rafael Castellano, Madrid, 1986, pág. 407 y ss. COBO DEL ROSAL, M./VIVÉS ANTÓN, T.S. *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 432 y ss. También LIBANO BERISTAIN, A. *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, Bosch, Barcelona, 2011, pág. 343, para quien “nos hallamos ante un debate superado, ya que en la actualidad resulta pacíficamente admitido su carácter procesal (en relación a las condiciones de perseguibilidad) sea cual sea la concreta denominación y configuración que se le otorgue. Los elementos del delito concurrirán (o no) con independencia de la presentación de la denuncia por la persona facultada para ello.”

¹⁰⁸ Vid., entre otros, MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General*, op. cit. pág. 172 y 173 o QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español. Parte Especial*, 5ª Ed., Atelier, Barcelona 2008, pág. 874 y ss.

¹⁰⁹ Vid., por todos OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E. / HUERTA TOCILDO S. *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pág. 407 y ss., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. *Falsas condiciones objetivas de punibilidad en el Código penal español*, en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias*, en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*, Comares, Granada, 1999, pág. 390, ORDEIG OTERO, Mª. J. *El delito de acusación y denuncia falsas*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 134 y 138 y ss.

¹¹⁰ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español, Tomo III*, 6ª Ed., Tecnos, Madrid, 2004, pág. 174; Vid. también RODRÍGUEZ RAMOS. L. *Compendio de Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 170 y 171, quien considerándolas en conjunto condiciones objetivas de punibilidad o penalidad –y entre las que se encontrarían las previstas en el art. 458.2, 590, la aplicación de la atenuante analógica por dilaciones indebidas ex art. 21.6º, la interposición de denuncia o querella para delitos semipúblicos o privados, o la extinción de la responsabilidad por muerte del reo, prescripción, perdón del ofendido o el indulto–, las agrupa a todas ellas por tener como elemento común la ajenidad a la conducta del sujeto activo.

calumnias vertidas en juicio – art. 215.2 CP –¹¹¹; o la imposibilidad de persecución (por una causa que no sea la extinción de la responsabilidad criminal) de las personas comprendidas en los números anteriores del apartado 2º del artículo 30 del Código penal (en el que se establecen las personas responsables por los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social), para poder proceder contra las comprendidas en los números siguientes. Por el contrario, tal opinión contrasta con la de quienes entienden que estas últimas deben ser consideradas condiciones objetivas de punibilidad por condicionar únicamente la punición del delito, en contra de lo que sucede con las condiciones objetivas de perseguibilidad, que únicamente condicionan la admisibilidad de su persecución procesal, pero no inexorablemente la imposición de la pena. Los presupuestos de perseguibilidad serían desde esta perspectiva meros presupuestos del proceso penal¹¹².

A la vista están, por tanto, los profundos debates doctrinales suscitados en torno a esta cuestión, especialmente cuando nos encontramos ante figuras que por lo general tienden situarse en el límite de esa difusa línea que pretende separar lo procesal de lo sustantivo. Discusiones que bien podrían trasladarse incluso a más requisitos de esta naturaleza, como la exigencia de previa solicitud de concurso en el delito de insolvencia punible del art. 259, donde la doctrina suele encontrar también muchas más dificultades para armonizar sus posiciones. Ya hemos dicho además que la literalidad del Código penal no hace sino ahondar en esta confusión, ya que en unos casos estos requisitos aparecen integrados dentro de la descripción del tipo penal, y en otros el legislador utiliza indistintamente los términos “proceder” o “penar”, tal y como hemos visto *supra* que ocurre con la exigencia de denuncia o querrela. Tal falta de criterio impide, *ad exemplum*, poder afirmar que la exigencia del art. 456.2 – “no podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme o auto también firme” – pueda ser considerada sin género de dudas una condición de procedibilidad, en relación con el delito de acusación y denuncia falsa, por el mero hecho de utilizar el término “proceder” en vez de el de “penar” o “condenar”¹¹³.

¹¹¹ Vid. v. gr., GOMEZ ORBANEJA, E. *Derecho y proceso*, op. cit., pág. 392, para quien tales elementos pertenecen a la procedibilidad del delito en vez de a su punibilidad, por tratarse de hechos ajenos a los elementos objetivos y subjetivos, intrínsecos y extrínsecos, del hecho que constituye el delito.

¹¹² COBO DEL ROSAL, M./VIVÉS ANTÓN, T.S. *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 431 y ss.

¹¹³ Cfr. MENDES DE CARVALHO, E. *Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática*, op. cit., pág. 11, quien, entre otros autores, utiliza este criterio como elemento diferenciador entre condiciones de procedibilidad y de punibilidad.

Por otro lado, podrá pensarse además que, para quienes estiman que las condiciones de punibilidad integran o se aproximan mucho al tipo penal, resulta clara la diferencia con los requisitos de perseguibilidad en tanto en cuanto parece fácil sostener que éstos necesariamente habrían de situarse al margen del delito¹¹⁴. Pero tal argumento encuentra difícil justificación, en primer lugar, cuando observamos la existencia de determinadas condiciones de punibilidad generalmente aceptadas que quedan claramente al margen del tipo, como sucede con el art. 606, ajeno al injusto culpable. El problema radica, en el fondo, en que las condiciones de punibilidad integran todo un elenco de presupuestos materiales de la pena excesivamente dispares y multiformes, algunas de las cuales indudablemente habrán de situarse al margen del injusto y de la culpabilidad del agente – como el caso que acabamos de ver –, pero existiendo otras que sin embargo se encuentran, si bien quizás no dentro de la culpabilidad, cuando menos mucho más próximas a la figura del delito. Y partiendo de dicha evidente heterogeneidad, y dadas las evidentes similitudes funcionales entre algunas de ellas y los requisitos de perseguibilidad, todas ellas pueden ser perfectamente integrables en una misma categoría.

En este estado de cosas, y pese a los antedichos esfuerzos doctrinales por justificar esa pretendida dicotomía, lo cierto es que no es posible establecer ningún tipo de distinción entre las condiciones objetivas de punibilidad y, en nuestro caso concreto, la exigencia de denuncia y la querella por dos motivos. De un lado, porque en la línea esbozada por LISTZ hace ya casi un siglo, la denuncia y querella privadas están en ocasiones directamente conectadas con el delito¹¹⁵. Por otro lado, porque la cuestión sobre la delimitación de las condiciones objetivas de punibilidad y su diferenciación con, en lo que aquí nos concierne, los requisitos de perseguibilidad – aunque también con otros institutos ya citados como causas de extinción de la pena, exenciones, inviolabilidades, inmunidades¹¹⁶, etc. –, parte de una premisa carente de sentido, como es la ya antedicha

¹¹⁴ Especialmente para quienes distinguen entre condiciones objetivas de punibilidad propias e impropias, toda vez que existe una clara tendencia a incluir estas últimas en el tipo del injusto, vid. MARTÍNEZ GARCÍA, C. *Las condiciones objetivas de punibilidad*, op. cit., pág. 94 y ss.

¹¹⁵ En efecto, según LISZT F. VON, *Tratado de Derecho penal, Tomo II*, Reus, Madrid, 1916, traducido de la 20ª edición alemana por JIMÉNEZ DE ASÚA, L., pág. 462 y ss., dentro de los delitos contra el honor, la exigencia de interposición de querella debería ser considerada como una condición objetiva de punibilidad al acreditar que la víctima había sentido la ofensa proferida.

¹¹⁶ En efecto, este debate puede extrapolarse fácilmente a otro tipo de figuras de similar. Así, mientras por lo general se pueda entender que inviolabilidades como la de los Diputados y Senadores del art. 71 CE es

pretendida delimitación del Derecho penal material y el procesal penal: en la medida en que las primeras son hechos objetivos que condicionan la punibilidad del delito, pertenecerían al Derecho penal *per se*; las segundas, supuestamente ajenas al injusto culpable y con efectos únicamente sobre la celebración del proceso penal, serían propias en cambio del Derecho adjetivo. Sin embargo, tal pretendida distinción resulta inviable; no sólo por la inexistencia de una línea divisoria clara entre lo sustantivo y lo procesal, sino además porque los presupuestos de perseguibilidad y las condiciones de punibilidad confluyen en idénticos fundamentos y justificaciones. En efecto, en ambos casos la doctrina suele esgrimir indistintamente múltiples razones de índole político-criminal, político-legislativa, mínima intervención, necesidad o merecimiento de la pena, *ultima ratio*, escasa alarma social, etc., si bien ya hemos dicho que, tal y como están planteados en la actualidad, en el fondo confluyen más bien razones utilitarias o de oportunidad, que hacen que, unos y otros, debieran ser globalmente incluidos en una misma categoría. En efecto, el hecho de que ambas respondan, en definitiva, a razones de mera oportunidad, nos lleva inexorablemente a la conclusión de que quizás las diferencias no conlleven un distanciamiento tan grande como pudiera pensarse en un principio. Así es, en ambos casos, serán determinadas razones de idéntica naturaleza las que empujarán legislador a establecer requisitos adicionales para que determinadas conductas teóricamente merecedoras de pena puedan admitir excepciones. De tal modo que aun cumpliéndose todos los presupuestos del delito, las circunstancias del caso podrían hacer recomendable su no punición. Existen evidentes diferencias entre unos y otros, pero muchas de ellas se dan también entre todo el elenco de condiciones objetivas de punibilidad, propias e impropias, generalmente aceptadas por la doctrina.

La cuestión va, de hecho, más allá de un mero divertimento o empeño estrictamente dogmático, pues las consecuencias de la respuesta traspasan el ámbito científico y la mera investigación penal para determinar respuestas en el orden de aplicación. Y lo que es más importante, afectando a las garantías propias del sistema penal en general. Es por ello por lo que la a nuestro entender equivocada distinción entre lo sustantivo y lo adjetivo puede resultar, además, en no pocas ocasiones perniciosa desde el punto de vista de la aplicación del Derecho penal en su conjunto, estrictamente relacionado con el

una cuestión de Derecho material, respecto las inmunidades o fueros especiales que reconocen el derecho a ser juzgado por un tribunal superior, podrá entenderse en cambio que pertenecen al Derecho procesal.

proceso debido¹¹⁷. Entre dichas consecuencias cabe aludir a la retroactividad de este tipo de instituciones o categorías, a la que más adelante habremos de referirnos.

(2).- Existen (aparentes) diferencias entre los requisitos de perseguibilidad y los propios de la acción – relativos a la punibilidad –, como que mientras estos últimos hacen referencia a la relación sustantiva que preexiste al proceso, los primeros son requisitos previos que posibilitan una resolución sobre el fondo del asunto¹¹⁸. Y precisamente por esta razón, la doctrina dominante en el momento actual tiende a afirmar que, mientras las condiciones objetivas de punibilidad tienen una naturaleza jurídico-material, perteneciendo por ello al Derecho penal, las condiciones de procedibilidad – entre las que mayoritariamente tiende a situarse la previa exigencia de denuncia o querella – ostentan una naturaleza jurídico-formal, por lo que se inscriben entre las normas de Derecho procesal. Es aquí por tanto donde se tiende a situar la diferencia, en que mientras que las condiciones objetivas de punibilidad condicionan la posibilidad de condenar el hecho, las de procedibilidad afectan tan sólo al procedimiento¹¹⁹. Diferencia que, por otro lado, también podría afirmarse respecto de otros institutos como la prescripción o las inmunidades y aforamientos. Sin embargo, a lo largo del presente capítulo observaremos que tales diferencias no pasan de ser una mera apariencia: no es posible distinguir entre el Derecho penal y el procesal; ambas son, en definitiva, dos caras de una misma moneda absolutamente indisolubles que obligan a encauzar cualquier análisis de política criminal, utilidad, oportunidad, necesidad, etc. a través de la única vía de aplicación del proceso penal, esto es, del debido proceso.

Es por ello que en ambos casos llegaremos siempre a una conclusión idéntica, como es la impunidad del delito con la concurrencia otras circunstancias tales como que ninguna

¹¹⁷ En este sentido, en cuanto a la distinción entre el proceso penal sustantivo y adjetivo y sus consecuencias desde el punto de vista de su aplicación en la práctica, vid. el voto particular emitido por VALERA CASTRO en la STS de 1 de octubre de 2007.

¹¹⁸ CHOZAS ALONSO, J. M. *Los presupuestos procesales en el proceso penal y su tratamiento procesal*, op. cit., pág. 203; también MARTÍNEZ GARCÍA, C. *Las condiciones objetivas de punibilidad*, op. cit., pág. 103 y ss.

¹¹⁹ Vid. KAUFFMAN H. *Pretensión penal y Derecho a la acción penal. La delimitación entre el Derecho penal material y el formal*, op. cit., pág. 128. Según la teoría del derecho a la acción penal de BINDING, esta consecuencia determinaría precisamente que las condiciones de perseguibilidad pertenecen en parte al Derecho penal-formal, dado que la constatación de la falta un presupuesto, procesal en su opinión, impediría una decisión sobre el fondo y, por tanto, fallar sobre el asunto. Vid también, MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 401; MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 173, y MENDES DE CARVALHO, E. *Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática*, op. cit., pág. 3.

ha de estar abarcada por el dolo o la culpa. La doctrina suele esgrimir distintos argumentos para afirmar la existencia de diferencias insalvables entre una y otra figura, como que dicha conclusión podremos alcanzarla de distinta manera según las circunstancias concretas del caso, pues mientras cuando hablamos de condiciones de punibilidad el juez observará la imposibilidad de penar, en los presupuestos procesales se estimará la inviabilidad de perseguir a través del comienzo o consecución del procedimiento penal. Dicha circunstancia nos llevará a su vez a la determinación de otras tantas diferencias entre ambas figuras, como lo son el hecho de que, en los presupuestos de perseguibilidad, éste puede actualizarse aun produciéndose con posterioridad al delito; o que, mientras la prueba en las condiciones de punibilidad está sometida al principio de prueba tasada, en las de procedibilidad es válido el principio de libertad de prueba¹²⁰. Ahora bien, pese a todo ello lo cierto es que, con independencia del punto de vista desde el que lo observemos, al final todo se reduce a una renuncia expresa del *ius puniendi*, de perseguir – desde la perspectiva procesal, si se quiere – y penar – desde el punto de vista sustantivo – unos muy concretos delitos; o, dicho de otro modo, de otorgar un especial tratamiento a unos delitos frente a otros, siempre sobre la base de razones de oportunidad y política criminal que, en opinión del legislador, recomendarían esa suerte de *despenalización* de determinadas conductas cuando concurren determinados presupuestos.

En unos casos serán presupuestos de carácter objetivo, como sucede con la prescripción, las inmunidades, o determinadas condiciones de punibilidad, tales como la no superación de un umbral económico, o la inexistencia de una resolución judicial preexistente – como sucede con la exigencia de una previa admisión de concurso en relación con el delito de insolvencia punible del art. 259 –. Otras veces, en cambio, estos presupuestos serán de carácter subjetivo, como sucede con la exigencia de denuncia o querella, donde la víctima – o el Fiscal, en su caso – ha de mostrar una voluntad expresa de perseguir el delito.

De hecho, tal distinción únicamente sucede en un plano meramente teórico, pues en la práctica tales diferencias son absolutamente inapreciables. Sirva como ejemplo el hecho de que, de entrada, incurriríamos en un patente error si pretendiésemos sostener que las

¹²⁰ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B. *Estudio jurídico-dogmatico sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, op. cit., pág.104.

cuestiones de Derecho sustantivo únicamente pueden ventilarse tras una sentencia firme y las de Derecho procesal con un sobreseimiento o archivo¹²¹. En efecto, si bien es cierto que un juez debiera impedir la apertura de un procedimiento por un delito privado o semiprivado de no verificar la existencia de la oportuna denuncia o querella del ofendido, lo mismo debiera suceder, v. gr., con una defraudación contra la Hacienda pública que no superase los 120.000 € exigidos, por concurrir una excusa absolutoria por regularización ex art. 305.4 o por la superación del plazo de prescripción de 5 años establecido en el art. 131; o por la inexistencia de previa sentencia firme o auto de archivo en el caso de los delitos por denuncia falsa, por citar sólo algunos ejemplos. Es obvio que, de estimarse *ab initio* tales circunstancias excluyentes de la punibilidad, bien antes de la admisión de la querella, o incluso durante el curso de la instrucción, lo procedente sería su inmediato archivo en vez de la ulterior absolución por sentencia firme; consecuentemente, es claro que el incumplimiento de una condición objetiva de punibilidad, al igual que la apreciación de una excusa absolutoria o de cualquier otra figura, podría llegar a tener los mismos efectos que la mera exigencia de denuncia o querella. De hecho, todo este tipo de cuestiones, ya sean de fondo o de forma, podrían incluso plantearse antes del juicio oral ex art. 666 LECrim, como artículos de previo pronunciamiento, entre los que figurarían la declinatoria de jurisdicción, la cosa juzgada, la prescripción del delito, la amnistía o el indulto y la falta de autorización administrativa, en su caso, para proceder contra el presunto culpable, pero también otras muchas no expresamente previstas, tales como (a) nulidades de actuaciones – por vulneraciones de derechos fundamentales, por ejemplo –; (b) cuestiones prejudiciales; y (c) en general, cualquier tipo de incidente típico o matiz procesal, con trascendencia tanto sobre el fondo como sobre la forma¹²².

(3).- A pesar de la ingente literatura a que ha dado lugar toda esta problemática, en el fondo no parece posible encontrar ninguna posición unánime a la hora de identificar los rasgos diferenciadores entre ambos requisitos. Existen además diversidad de argumentos para criticar los múltiples intentos planteados por la doctrina desde hace décadas. Entre las posturas más restrictivas, podemos apreciar cierta tendencia a acudir a BELING, seguido posteriormente por BEMMANN, y a su *teoría del merecimiento de*

¹²¹ Vid. FERRÉ OLIVÉ, J. C. *Punibilidad y proceso penal*, Revista General del Derecho Penal, nº 10, 2008.

¹²² TOMÉ GARCÍA, J.A. *Derecho procesal penal* (DE LA OLIVA SANTOS A. y otros autores), 7ª Ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 445 y 446.

la pena, conforme a la cual lo importante será determinar si el hecho en cuestión precisa de algún tipo de sanción pues, de subsistir, nos encontraríamos ante un requisito de procedibilidad¹²³. De este modo, el ámbito de merecimiento del mal de la pena, estaría compuesto de presupuestos materiales de la pena – es decir, las circunstancias que integran la acción típica, antijurídica y culpable –, quedando al margen aquellos otros de relevancia exclusivamente procesal. Tal sería el caso de la querella, pues aun para el supuesto de que la misma no se interpusiera, el merecimiento de la pena derivada de la acción punible permanecería; de igual forma, de aplicar esta teoría, habría que adscribir al derecho procesal las causas de exclusión de punibilidad o incluso algunas condiciones integradas por parte de la doctrina dentro de la punibilidad¹²⁴.

No obstante, pese a haber sido probablemente la tesis que ha encontrado una mejor acogida, no está exenta de crítica, por excesivamente amplia, en la medida en que “ser merecedor de la pena” no significa otra cosa que la pena es “debida”, “necesaria” y “precisa”, lo que supone una circunscripción genérica para el Derecho penal material¹²⁵. De hecho, aun tomando la antedicha teoría como válida, lo cierto es que extrapolada a nuestro caso llegaríamos a la conclusión de que la exigencia de denuncia o querella es una cuestión sustantiva por estar estrictamente vinculada con dicho pretendido *merecimiento de la pena*. Y es que, como ya habíamos anticipado, la exigencia de denuncia o querella, en los términos aquí planteados, va en no pocas ocasiones mucho

¹²³ BELING, E. VON *Derecho procesal penal*, Lábor, Madrid, 1943, traducido por FENECH M., pág. 6 y ss. Vid también BELING, E. VON *La doctrina del delito-tipo*, Depalma, Buenos Aires, 1944, traducido por SOLER, S., pág. 29 y ss., que estima que además de la culpabilidad, cabría incluir dentro del “merecimiento de la pena” a las condiciones objetivas de punibilidad y a las excusas absolutorias.

¹²⁴ Las teorías de BELING y BENMANN, así como otras tantas formuladas en este mismo sentido – como las de GALLAS o SCHIMIDHÄUSER – han sido tradicionalmente objeto de estudio por gran parte de la doctrina científica a la hora de establecer los límites entre el Derecho penal material y el formal. Así lo hace, v. gr., entre la doctrina germana ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 986 y 987; o KAUFFMAN, H. *Pretensión penal y Derecho a la acción penal. La delimitación entre el Derecho penal material y el formal*, op. cit., pág. 177. Entre la doctrina española podemos citar, entre otros muchos, a GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, op. cit., pág. 61; CALDERÓN. A/CHOCLAN J.A. *Derecho penal. Parte General. Tomo I*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 221; o PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M^a. *La prescripción de los delitos y faltas. Doctrina y jurisprudencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 114 y ss.

¹²⁵ KAUFFMAN, H. *Pretensión penal y Derecho a la acción penal. La delimitación entre el Derecho penal material y el formal*, op. cit., pág. 178. No obstante, en nuestro ordenamiento dicha crítica ha sido contestada por PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M^a. *La prescripción de los delitos y faltas. Doctrina y jurisprudencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 116 y 117, afirmando, al margen de que obviamente se trata de un criterio general y abstracto porque eso es precisamente lo que se trataba de encontrar para establecer la delimitación entre el Derecho penal material y el procesal, éste proporciona además una pauta material al obligar a pensar “a la hora de ubicar adecuadamente un elemento controvertido, en si el mismo se funda en la procedencia de la pena (realidad material al margen del proceso) o en el sí y como del proceso penal”.

más allá de una mera cuestión estrictamente procesal, al estar en realidad claramente relacionada con el hecho delictivo.

Veámoslo con un ejemplo: en los delitos de injurias y calumnias, la exigencia de dicho requisito tiene en opinión de amplios sectores doctrinales, por fundamento, dar la posibilidad a la víctima de hacer una previa valoración, entre otras cosas, sobre si efectivamente se ha visto menoscabado su honor – bien jurídico protegido –, para así poder verificar la realidad de la comisión del delito; tanto en este delito como también en los delitos contra la intimidad o contra la libertad sexual, el fundamento residiría así en las especiales características del bien jurídico protegido, de carácter personalísimo y especialmente disponible; en otros delitos, como los que atentan contra las relaciones familiares, si bien el fundamento de la denuncia no reside en esa previa valoración del daño infringido, el motivo estaría no obstante también muy relacionado con las especiales características del bien objeto de tutela y la voluntad del legislador de preservar las relaciones y vínculos familiares, etc.¹²⁶.

No estamos por tanto ante una regla general a partir de la cual, para iniciar acciones penales sea expresamente necesaria la previa persecución del hecho por parte la víctima, en cuyo caso sí podría entenderse que tal requisito podría tener una consideración procesal en los términos planteados por BELING. Antes al contrario, estamos ante verdaderas excepciones en las que, de no cumplirse ese requisito, no sería precisa la imposición de la pena, bien porque el hecho carece de trascendencia penal por así haberlo entendido la propia víctima, bien porque ante determinadas situaciones la imposición de una pena por parte del *ius puniendi* es innecesaria habida cuenta de las circunstancias concretas del caso. No estamos hablando, por tanto, únicamente de la pertinencia de “proceder” contra una persona en términos estrictamente procesales, sino también de la inviabilidad de “penar” por las especiales características que rodean al caso concreto. Es por ello que, en definitiva, la razón de ser de dicho requisito de perseguibilidad estaría estrechamente vinculada, además de con el interés objeto de

¹²⁶ En parecido sentido, vid. MAPELLI CAFFARENA, B. *Estudio jurídico-dogmatico sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, pág. 112 y 113, que entiende que, por este motivo, condiciones generalmente aceptadas como de procedibilidad (querella) no se encuentran en una conexión menos estrecha con el injusto que otros elementos condicionantes. Así, entiende que habrá que estar a las circunstancias del caso, y en concreto a la “voluntad de la ley”, conforme a los cuales estaremos ante una condición de procedibilidad únicamente “cuando de toda interpretación lógica y posible del texto se derive ausencia de un cierto elemento, consecuencias características de los presupuestos procesales”.

tutela, con el injusto, o mejor dicho, con la entidad del injusto – esto es, con la necesidad y el merecimiento de la pena –.

De hecho, según los casos puede suceder que exista una mayor vinculación entre los requisitos de perseguibilidad y el injusto que el que pudiera apreciarse en muchas condiciones objetivas de punibilidad. Así es, siguiendo lo dicho hasta ahora, la exigencia de querella, v. gr., en los delitos contra el honor cumple una función muy parecida al umbral económico de 120.000 € de los delitos contra la Hacienda Pública, en el sentido de que en definitiva en ambos casos estaríamos utilizando este tipo de requisitos para valorar la pertinencia de sancionar ese ilícito en sede penal a través del menoscabo ocasionado. En el primero, mediante la valoración subjetiva de la entidad de la agresión por parte del ofendido – por encontrarnos ante un bien protegido de naturaleza igualmente subjetiva – y, en el segundo, mediante el establecimiento de un límite objetivo mínimo a partir de cual un mismo hecho dejaría de tener trascendencia administrativa para adquirir relevancia penal¹²⁷. Por contra, existen otras condiciones objetivas de punibilidad, como la exigencia de reciprocidad del art. 606 donde de hecho, no hay ningún tipo de vinculación aparente con el delito.

La exigencia de este requisito está, por tanto, estrechamente vinculada con el delito, esto es, con el hecho delictivo, con el bien jurídico protegido, con la entidad de la ofensa proferida, con la alarma social ocasionada, etc. y, por ende, con la existencia material del mismo. Junto a los argumentos ya apuntados, veremos a lo largo de los siguientes capítulos que las razones para admitir la privacidad en estos ilícitos son de muy diversa índole, en unos casos por la naturaleza personalísima del bien jurídico protegido, en otros, por la aplicación del principio de mínima intervención y por encontrarse estas conductas ya sancionadas en otros órdenes jurisdiccionales, etc. Ahora bien, conforme a todos ellos, la exigencia de denuncia o querella en estos tipos delictivos estará siempre estrechamente relacionada con la citada oportunidad de la pena, en la medida en que, siempre y cuando la víctima entienda procedente la persecución del delito, el *ius puniendi* estimará necesaria la imposición de la correspondiente sanción penal.

¹²⁷ Así las diferencias no son tan grandes como pudiera haberse pensado en un momento, pues si, v. gr., para MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 170, las condiciones objetivas de punibilidad pertenecen al tipo penal porque condicionan la “objetiva relevancia penal del hecho”, aquí estaríamos hablando igualmente de un condicionamiento de la trascendencia, si bien desde el punto de vista subjetivo. En cualquier caso, ambas afectarían a la existencia material del delito.

(4).- Así lo entendió igualmente KAUFFMAN, quien tras un profuso estudio de la evolución histórica de los conceptos de acción y pretensión penal, para poder diferenciar la pertenencia al Derecho penal o al Derecho procesal elaboró la siguiente pregunta: “¿tendría que depender la imposición o no imposición de la pena, si fuera posible sin proceso, de esta circunstancia dudosa en cuanto a su naturaleza jurídica, o sería entonces irrelevante esta circunstancia?”. Su propuesta se centraría de este modo en preguntarse sobre el sentido de la querella, la prescripción o la amnistía en el caso de no existir proceso, de tal modo que, estaremos ante un presupuesto del proceso cuando estos elementos se muestren irrelevantes para la imposición de la pena. Y a partir de dicho interrogante, la presentación de la querella por parte quien estuviera legitimado, constituiría una exigencia del Derecho penal material, en la medida en que permanecería como presupuesto del deber ser o no deber ser de la pena¹²⁸.

Sin embargo, se trata ésta última de una posición igualmente criticada, como ya sucediera con BELING, también por resultar amplia en exceso, que además hace depender la punibilidad de delitos en hechos acaecidos con posterioridad a su consumación y por personas ajenas al sujeto activo. Tal es el caso mismo de la querella, cuya presentación únicamente responde a la voluntad ulterior del perjudicado u ofendido, o del indulto, cuya concesión se solicita al Ministro de Justicia para posteriormente ser estudiado en el Consejo de Ministros. En defensa de dicho autor, no podemos sino reiterar lo dicho hasta ahora, en el sentido de que, aun siendo posteriores, estos requisitos guardan en muchos casos tanta o más relación con el delito que determinadas condiciones de punibilidad generalmente aceptadas por la doctrina.

(5).- Las críticas sobre la tesis de KAUFFMAN, han empujado a la doctrina a acudir como solución intermedia a GALLAS y a su teoría de la conexión del hecho, seguida por SCHIMIDHÄUSER, que delimitó la distinción en función de la *conexidad con el hecho*, es decir, de la pertenencia al complejo del hecho – condición objetiva de punibilidad –, o, por el contrario, de la ajenidad al mismo – condiciones de

¹²⁸ KAUFFMAN, H. *Pretensión penal y Derecho a la acción penal*, op. cit., pág. 205 y ss. Cfr. CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 275 y ss., para quien estas instituciones no guarden una relación indisoluble con el proceso, están igualmente vinculadas al Derecho penal, por lo que, si hiciéramos una abstracción del Derecho penal en general, todos estos institutos carecerían de sentido, debiendo ser consideradas instituciones ajenas al Derecho sustantivo.

procedibilidad –¹²⁹. Todo ello nos permitiría, conforme a la “vinculación al acontecer fáctico”, la identificación del requisito en cuestión con una condición objetiva de punibilidad siempre que exista una inmediata conexión con el hecho injusto; en caso contrario, es decir cuando los elementos estén al margen de tales hechos, sino únicamente con el proceso, estaremos ante una mero presupuesto procesal¹³⁰. Esta tesis fue posteriormente matizada, siguiendo a JESCHECK, en el sentido de que las condiciones objetivas de punibilidad expresan el especial grado de menoscabo del orden jurídico previsto por el legislador, mientras que los presupuestos procesales toman en consideración simplemente razones de conveniencia.

De este modo, y a diferencia de lo que ocurre en las condiciones de punibilidad, en las de perseguibilidad no tendría lugar la aludida inmediata vinculación con el hecho injusto, y si bien se fundamentarían también en consideraciones político-criminales de variada procedencia, su verificación tampoco conllevaría la comentada dosis de contrariedad al orden jurídico, puesto que su *ratio* se basaría en determinadas razones utilitarias, que harían conveniente la persecución procesal de una conducta delictiva que, de por sí ya es oportuna desde la perspectiva de los fines y funciones que tiene asignados el Derecho penal¹³¹. Por este motivo, las condiciones de perseguibilidad se diferenciarían, en teoría, de las de punibilidad en que no se produce “la aludida inmediata conexión con el hecho injusto”.

¹²⁹ Vid. KAUFFMAN, H. *Pretensión penal y Derecho a la acción penal*, op. cit., pág. 193 y ss. Conforme a la teoría de la conexión del hecho, introducida por GALLAS en la Gran Comisión del Derecho penal para la reforma del Código penal, posteriormente asumida por SCHMIDHÄUSER y STRATENWERTH, las condiciones de punibilidad pertenecen al Derecho material y se encuentran estrechamente vinculadas al principio *nulla poena sine lege*, en el sentido de que lo que ha de ser puesto bajo la protección de este principio sería la condición de punibilidad, y lo que no merece tal protección estaría en el ámbito de presupuestos procesales.

¹³⁰ Vid. ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 988 y 989, para quien ésta es la vía preferible en la medida en que es la única que limita la prohibición de retroactividad del derecho material, que es lo que determina el comportamiento del actor. Así, una persona podrá llevar a cabo determinado comportamiento si sabe que la misma no es punible, pero lo que no podrá hacer es confiar en no ser condenado porque nadie la víctima no vaya a denunciar el hecho, o creer que en cualquier caso le será otorgado el indulto en caso de ser finalmente castigado. Por esta razón, en opinión de dicho autor, la exigencias relativas a la interposición de la querrela para la persecución del delito pertenecerán a la esfera del Derecho penal adjetivo. Esta teoría es citada también, entre otros, por CALDERÓN. A/CHOCLÁN J.A. *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 211.; PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M^a. *La prescripción de los delitos y faltas*, op. cit., pág. 109 y ss.; mucho más ampliamente Vid. KAUFFMAN, H. *Pretensión penal y Derecho a la acción penal*, op. cit., *passim*.

¹³¹ MARTÍNEZ GARCÍA, C., *Las condiciones objetivas de punibilidad*, op. cit., pág. 98 y ss.

Sin embargo, las carencias de dicha tesis, dadas las objeciones antes expuestas a la teoría de BELING, son evidentes. En primer lugar, porque ya hemos visto que en el caso concreto de los delitos sometidos a algún tipo de condición de perseguibilidad, no existe tal distanciamiento con el hecho, siendo tan expresiva del grado de menoscabo la querrela o denuncia como cualquier otra condición de punibilidad. De otro lado, porque, a mayor abundamiento, existen además circunstancias que no estando conectadas con el hecho, tampoco se fundan en razones vinculadas a los fines del proceso, como es el caso de la prescripción. El problema, por tanto, es que no todas las circunstancias ajenas al complejo del hecho se fundan en razones procesales, pues ambas circunstancias, ni coinciden, ni tienen por qué coincidir¹³².

Resulta igualmente inviable la aplicabilidad de la teoría de la conexidad, en la medida en que la solución propuesta por SCHIMIDHÄUSER plantea dificultades en aquellos casos en los que no resulta clara la conexión con el hecho. Tal es el caso, v. gr., de la exigencia de declaración de concurso para la persecución de las insolvencias punibles *ex art. 257.3*, considerada por lo general una condición objetiva de punibilidad, a pesar de que dicho requisito no tiene relación con el hecho injusto¹³³. Lo mismo podríamos decir de otras tantas condiciones objetivas de punibilidad. Los supuestos más evidentes son aquellos catalogados por algunos sectores doctrinales como *condiciones objetivas de punibilidad propias o genuinas*, donde la desvinculación con el injusto hace patente la inexistencia de conexión alguna con el hecho – piénsese nuevamente en el supuesto de inmunidad personal del art. 606, donde es la legislación de otro país la que va a determinar la imposición de una mayor o menor pena –, pero también en las impropias, como la exigencia de sobreseimiento o sentencia absolutoria firme en los delitos denuncia falsa.

Por lo demás, esta tercera teoría no se encuentra tampoco exenta de crítica, como la manifestada por una parte de la doctrina por entender que el problema del criterio utilizado residiría en que la aportación realizada a la distinción con los presupuestos

¹³² PEDREIRA GONZÁLEZ, F. Mª. *Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia, Tomo LXI, 2008.

¹³³ Por este motivo, entiende MAPELLI CAFFARENA, B. *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, op. cit., pág.112, que la solución a dicha disyuntiva, aunque insatisfactoria, residirá más bien en acudir en cada caso concreto a la “voluntad de la Ley” para determinar la distinción, de tal forma que nos encontraremos ante una condición de procedibilidad cuando de toda interpretación lógica y posible del texto se derive de la ausencia de un cierto elemento, consecuencias características de los presupuestos procesales.

procesales se haría a costa de terminar por cuestionar que los elementos de la punibilidad se encuentren fuera del injusto culpable¹³⁴, en contra de lo sostenido por gran parte de la doctrina.

(6).- Vista toda esta compleja discusión, lo cierto es que no existe ningún criterio definitivo para delimitar el Derecho penal material del formal, pues existen instituciones en ambos sectores que son equivalentes. En el Derecho penal español, un ejemplo podríamos encontrarlo en la intervención del Estado en los delitos contra la propiedad cometidos entre familiares, en la que se podría optar tanto mediante la inclusión de una excusa absolutoria – art. 268 CP –, como por la inclusión de un presupuesto procesal exigiendo la previa denuncia del familiar afectado.

Todo lo anterior no puede sino llevarnos a la conclusión de que no es posible separar nítidamente, no ya los requisitos de perseguibilidad de los de punibilidad, sino que ni tan siquiera probablemente el Derecho penal material del procesal, que es la base sobre la que pretende sustentarse tal dicotomía, al menos no en términos excesivamente rígidos, en la medida en que, como vemos, hay instituciones en ambos sectores del ordenamiento que responden a los mismos criterios¹³⁵. Es más, tal pretendida distinción resulta enormemente perjudicial desde distintos puntos de vista, como son las disfuncionalidades que pueden plantearse desde el punto de vista político-criminal o incluso de tipo dogmático – tratamiento uniforme de los casos – tal y como veremos con mayor claridad en cuanto entremos al análisis individualizado de cada uno de los supuestos delictivos.

Esta es la razón que ha empujado a la doctrina a reconocer desde hace ya algún tiempo la artificialidad de las barreras entre ambas supuestas disciplinas¹³⁶. Desde el punto de vista sustantivo, cualquier análisis político-criminal con unas mínimas pretensiones científicas, impide ignorar el papel esencial de muchas instituciones tradicionalmente consideradas de naturaleza procesal, como sucede con la denuncia y la querella, en este caso. De igual modo, pretender un estudio sesgado de cualquiera de estas figuras desde

¹³⁴ GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, op. cit., pág. 64.

¹³⁵ GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, op. cit., pág. 66.

¹³⁶ Entre la doctrina alemana, destaca HASSEMER. W. *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, traducido por MUÑOZ CONDE, F. y ARROYO ZAPATERO, L., pág. 34 y ss.; en España destaca, en cierto modo, MUÑOZ CONDE F. *Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal*, Revista Penal nº 5, 2000, pág. 44 y ss.

un punto de vista meramente adjetivo, al margen de cualquier consideración sustantiva, estará igualmente abocado al fracaso habida cuenta de las innegables similitudes entre una y otra rama del Derecho penal¹³⁷.

Tal diferenciación plantearía además otros tantos problemas de difícil solución, como la aplicación retroactiva de aquellas figuras que, como sucede con la denuncia o querella, fueran incluidas entre los denominados presupuestos procesales. Lo mismo podría decirse de la prescripción o de cualquier otra causa de exclusión de la responsabilidad penal, como el perdón del ofendido o aquellas figuras consideradas por la doctrina mayoritaria como condiciones de procedibilidad. Siempre que atribuyésemos a este tipo de institutos una naturaleza meramente procesal, la consecuencia inmediata sería la teórica imposición de su aplicación retroactiva, habida cuenta de que, a diferencia de lo que sucede en el Derecho sustantivo, en el adjetivo no rige el principio de irretroactividad de disposiciones desfavorables – *tempus regit actum* –.

Sin embargo, tal tratamiento retroactivo parece ciertamente inviable, y si bien ha dado lugar a líneas jurisprudenciales completamente opuestas que no han hecho sino arrojar aún más confusión a esta cuestión¹³⁸, ha sido rechazado claramente por el Ministerio Fiscal – evidentemente, una de las partes con mayor interés sobre la materia – en lo que aquí concierne, en las distintas reformas acaecidas en nuestro vigente Derecho punitivo. De entre todas ellas, la más clara es, sin duda, la tratada por la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/1996, de 22 de mayo, sobre el régimen transitorio del nuevo Código penal, a la vista de la reconversión a semipúblico de determinados delitos que tradicionalmente venían gozando de un tratamiento público (delitos de abandono de familia e impago de pensiones, contra los consumidores y usuarios, etc.). A la vista de estas modificaciones en materia de perseguibilidad, una de las cuestiones

¹³⁷ En ese sentido, sobre la inadecuada e innecesaria puja entre lo sustantivo y lo formal, vid. RAGUES I VALLES, R. *Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal: Hacia una visión integrada*, en *La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho penal* (Dir. HURTADO POZO, J.), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, pág. 129 y ss. Para dicho autor, los problemas prácticos de tal distinción, además de en la aplicación retroactiva, se suscitan también en los límites confusos entre concepto y prueba y la función preventiva de las instituciones procesales.

¹³⁸ *Ad exemplum*, la reforma operada por la LO 15/2003, de 13 de diciembre, que eliminaba la exigencia del perjudicado denuncia en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, dio lugar a dos líneas jurisprudenciales contradictorias. De un lado, aquellas resoluciones que entendían la imposibilidad de aplicar retroactivamente esta resolución – como la SAP de Sevilla, Sección 4ª, de 21 de abril de 2006, y, de otro, las que en ese mismo espacio temporal, sí admitían su influencia sobre hechos anteriores a su entrada en vigor – como la SAP de Sevilla, Sección 7ª, de 9 de mayo de 2006 –.

inmediatamente a resolver fue la de si el Ministerio Fiscal podía entonces perseguir públicamente aquellos ilícitos cometidos antes de la entrada en vigor de dicha reforma. Precisamente, el dilema ante la que se encontró la FGE a la hora de dar respuesta a dicha cuestión fue que este tipo de requisitos tenían una naturaleza predominantemente procesal, por lo que en principio debería de ser posible tal aplicación retroactiva; ocurre empero que tales requisitos a su vez repercutían sobre la *punibilidad* del delito, ante lo cual terminó concluyendo, acertadamente, que “la flexibilización de la persecución de algunos delitos, sin embargo, no puede entenderse aplicable a hechos anteriores, por más que doctrinalmente pudiera sostenerse lo contrario.”¹³⁹. Opinión que sería confirmada, con motivo de posteriores reformas también con incidencia en la perseguibilidad de determinados tipos penales, por la Circular 1/2004, de 22 de diciembre de 2004, sobre régimen transitorio aplicable a la reforma 15/2003, y por la Circular 1/2006, de 5 de mayo, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003.

No podía ser de otro modo, en la medida en que este tipo de instituciones inciden directamente en la capacidad del *ius puniendi* para sancionar o reducir su ámbito de actuación, esto es, de su capacidad de sancionar más o menos conductas, o con penas más o menos severas, la prohibición del principio de retroactividad viene obligada¹⁴⁰.

(7).- Así las cosas, la solución a dicha cuestión pasa inexorablemente por reconocer que este tipo de instituciones tienen efectos, tanto materiales como procesales, lo que a su vez nos lleva a la conclusión de que no es posible establecer una frontera que separe nítidamente ambas especialidades. Es más, la clave trasciende en realidad de lo procesal o sustantivo, pues al final, cuando hablamos del perdón del ofendido, de los delitos privados o de la prescripción, estamos en definitiva ante manifestaciones de la

¹³⁹ Vid. HUERTA TOLCIDO, S. *El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal* (Art. 7 CEDH y art. 4 P/), en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Coords. GARCÍA ROCA, J. / SANTOLAYA, P.), 2ª Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, págs. 537 y 538, quien a la hora de abordar el instituto de la prescripción entiende igualmente que, como aquí ocurre, su naturaleza mixta – procesal y material a un tiempo – impide su aplicación retroactiva conforme al principio de legalidad. En este sentido, dicha autora señala además diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que, en idéntico sentido, niegan la naturaleza exclusivamente procesal de esta figura, tales como las SSTC 157/1990, de 18 de octubre y 12/1991, de 28 de enero.

¹⁴⁰ Vid. JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 83, traducido por CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., para quien, más allá de la distinción entre lo penal y lo sustantivo, el ámbito de vigencia del principio de retroactividad reside en si “ el Estado está ampliando o no su competencia para castigar”.

aplicación del Derecho penal en sentido amplio – procesal y penal –, que inciden tanto en la existencia del procedimiento como en la imposición de la pena. Es por ello que cualquier pretensión que tenga por objeto ubicar cualquier tipo de figura de esta naturaleza en uno u otro lado estará inevitablemente fundamentada sobre aspectos, en definitiva, arbitrarios y carentes de aplicabilidad práctica.

Por otro lado, el importante papel que desempeñan todas estas figuras desde el punto de vista de la política criminal es precisamente el nexo en común que las une a todas ellas, con independencia de dónde las encuadremos, y siempre desde el punto de vista de la limitación o restricción del ámbito de aplicación – objetiva y subjetiva, procesal y sustantiva – del Derecho penal. Resulta ciertamente indiferente si hablamos de limitar la persecución de determinados ilícitos, bien exigiendo la previa interposición de denuncia, bien mediante la imposición de determinados límites cuantitativos, bien mediante ambas circunstancias – como sucede con los daños causados por imprudencia grave del art. 267 – o cualesquiera otro tipo de mecanismos utilizados por el resto de excusas absolutorias ya referidas. No puede ser de otro modo, pues únicamente será posible la elaboración de una política criminal con auténticas pretensiones e idénticos efectos tanto sobre el ámbito sustantivo como el procesal¹⁴¹, previo reconocimiento de una disciplina científica única.

Es por ello que, a pesar de sus innegables diferencias, todas ellas – las exenciones a la punibilidad – guardan una fundamentación y naturaleza comunes que impide un tratamiento diferenciado. Nos referimos obviamente a las cuestiones de política criminal que pretenden justificar a todas ellas, que como veremos más adelante, redundan siempre en razones utilitarias, de intervención mínima del Derecho penal, de escasa alarma social, de evitar un mayor perjuicio mediante la imposición de la pena o de admitir la eficacia o facilitar la reparación del daño ocasionado. A la vista, motivos todos ellos estrechamente relacionados con el principio de necesidad de la pena y con el

¹⁴¹ En cuanto a la introducción de la política criminal en la construcción de conceptos manejados tradicionalmente en la teoría del delito, la eliminación de las barreras que desde antiguo venían separando la política criminal de la dogmática penal, así como del asentamiento de las bases para la creación de un sistema penal regido por finalidades político-criminales, sin duda ninguna, las principales aportaciones fueron las de ROXIN en la década de los años setenta, pudiendo destacarse su obra de referencia *Política criminal y Sistema del derecho penal*, 2ª Ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2002, traducido por MUÑOZ CONDE, F. No obstante, dicho autor excluye la política criminal de la punibilidad, al considerar que ésta ya ha sido tenida en cuenta al valorar los restantes elementos del delito.

principio de oportunidad sobre el que habremos de volver con mucho mayor detalle *infra*.

§ III. 7. - Conclusiones

(1).- Junto a los requisitos de perseguibilidad privados, nuestras leyes penales y procesales prevén multitud de figuras que pueden evitar o condicionar la imposición de la correspondiente pena en función de las concretas circunstancias del caso. Esta suerte de excepciones conforma un grupo verdaderamente variado y difícilmente clasificable.

Así, en primer lugar, el art. 130 de nuestro Código penal enumera, como es sabido, las siguientes instituciones *genéricas* o *personales*, en todo caso heterogéneas entre sí: por la muerte del reo; por el cumplimiento de la condena; por el indulto – derecho de gracia –; por el perdón del ofendido – únicamente cuando la ley así lo prevea –; por la prescripción del delito; y por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.

Adicionalmente, igual o mayor atención merecen las siguientes otras causas *específicas* que, aun no afectando a los elementos propios del delito, pueden llegar a dispensar al supuesto autor de la imposición de la pena. Dada la amplitud de todas estas causas específicas, el fundamento último que las justifica siempre va a estar vinculado a razones de oportunidad, utilidad o conveniencia: condiciones objetivas de punibilidad; excusas absolutorias; exenciones, inviolabilidades e inmunidades frente a la jurisdicción penal; y requisitos de perseguibilidad privada.

(2).- Aun cuando la opinión mayoritaria tiende a equiparar a la exigencia de *denuncia* o *querella privadas* con los *requisitos procesales*, existen dos elementos esenciales que obligan a considerar a esta figura de forma autónoma. De un lado, porque tanto la exigencia de previa denuncia o querella – como, en cierta medida, también sucede con otras figuras como la licencia del juez para proceder por los delitos de injurias y calumnias vertidas en juicio *ex art. 215.2* – son excepciones dispuestas por el legislador, de similar naturaleza al resto de exenciones a la punibilidad, cuya finalidad no es otra que la de restringir la capacidad del *ius puniendi* para perseguir y sancionar

determinados delitos dadas las circunstancias excepcionales que rodean al caso. Así, los requisitos de perseguibilidad nada tienen que ver con los requisitos de procedibilidad propiamente dichos, relacionados más bien con circunstancias genéricas tales como el órgano que debe conocer sobre una materia, la persona legitimada para interponer la acción, la innecesidad de iniciar acciones porque ya existe resolución al respecto – cosa juzgada – o, al menos, un procedimiento paralelo entre las mismas partes y sobre la misma materia – litispendencia –.

Por otro lado, porque, en este caso concreto, esa renuncia a sancionar un delito que se ha cometido reside en la *voluntad subjetiva* del ofendido o agraviado por el delito. En efecto, mientras los requisitos procesales se imponen de forma genérica a todos los procedimientos penales para su correcta apertura y normal desarrollo procesal, sin depender en absoluto de la opinión de las partes, el sometimiento de un determinado delito a la previa interposición de denuncia o querella es en realidad una nueva renuncia del *ius puniendi* a perseguir determinados ilícitos por unos motivos muy específicos estrechamente relacionados con las especiales características inherentes a los mismos.

Por esta razón, y en la medida en que dichos requisitos son exigidos para poder perseguir un determinado delito, o para poder proceder contra el presunto culpable, entendemos que el término más adecuado es el de *requisito de perseguibilidad privada* o *condición subjetiva de perseguibilidad*, pues sin duda alguna son los que más ayudan a entender su fundamento y, lo que es más importante, a diferenciarlos de los presupuestos procesales.

(3).- Efectivamente existen diferencias entre los requisitos de perseguibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad. Mientras a través de estas últimas el Estado renuncia a su potestad punitiva respecto de un delito por entender que el hecho no es merecedor de sanción penal, mediante los requisitos de perseguibilidad mantiene la posibilidad de existencia de un hecho delictivo, pero sometiendo su punibilidad a la voluntad de la víctima. En efecto, aquí es donde radica una de las principales diferencias: en la pretensión del ofendido, de carácter futuro e incierto. Las condiciones objetivas de punibilidad son precisamente lo que su propio nombre indica, una serie de *condiciones* establecidas por el legislador para la punición de una conducta. Por su parte, los requisitos de perseguibilidad son meros *presupuestos* a disposición del

particular ofendido para dar inicio al procedimiento, pues si éste no interpone querrela o no denuncia el hecho, la incoación del proceso devendrá imposible.

Adicionalmente, podrían alegarse otras tantas diferencias. Para quienes estiman que las condiciones de punibilidad integran o se aproximan al tipo penal, podría pensarse que los requisitos de perseguibilidad estarían completamente al margen del delito. Una amplia mayoría doctrinal sostiene, por otro lado, que mientras estos últimos afectan únicamente a la celebración del proceso penal, las causas de punibilidad inciden directamente sobre su punibilidad; razón por la cual la inexistencia de denuncia o querrela únicamente podría dar lugar a un auto de sobreseimiento, mientras la ausencia de un requisito de punibilidad exigiría un pronunciamiento sobre el fondo.

(4).- Sin embargo, lo cierto es que la cuestión sobre la delimitación de las condiciones objetivas de punibilidad y su diferenciación con, en lo que aquí nos concierne, los requisitos de perseguibilidad – aunque también con otros institutos ya citados como causas de extinción de la pena, exenciones, inviolabilidades, inmunidades, etc. –, parte de algunas premisas que no parecen plausibles. En primer lugar, porque a pesar de ser consideradas (incorrectamente) meras condiciones de procedibilidad, las mismas están por lo general directamente conectadas con el delito. En segundo lugar, porque la pretendida delimitación del Derecho penal material y el procesal penal, separadamente, no parece posible: en opinión de una amplia mayoría doctrinal, en la medida en que las primeras son hechos objetivos que condicionan la punibilidad del delito, pertenecerían al Derecho penal *per se*; las segundas, supuestamente ajenas al injusto culpable y con efectos únicamente sobre la celebración del proceso penal, serían propias en cambio del Derecho procesal. Sin embargo, tal distinción resulta inviable dado que los presupuestos de perseguibilidad y las condiciones de punibilidad presentan equivalentes funcionales y su fundamento, tal y como están planteados en la actualidad, confluye en razones utilitarias o de oportunidad y, sin duda, debieran ser globalmente incluidos en una misma categoría.

Asimismo, el hecho de que unas y otras respondan, en definitiva, a razones de mera utilidad, nos lleva inexorablemente a la conclusión de que quizás las diferencias entre unas y otras no conlleven un distanciamiento tan grande como pudiera pensarse en un principio. Así es, en ambos casos, serán determinadas razones de idéntica naturaleza las

que empujarán al legislador a establecer requisitos adicionales para que determinadas conductas teóricamente merecedoras de pena puedan admitir excepciones. De tal modo que aun cumpliéndose todos los presupuestos del delito, las circunstancias del caso podrían hacer recomendable su no punición. Existen evidentes diferencias entre unos y otros, pero muchas de ellas se dan también entre todo el elenco de condiciones objetivas de punibilidad, propias e impropias, generalmente aceptadas por la doctrina.

(5).- Todo lo anterior no puede sino llevarnos a la conclusión de que no es posible separar nítidamente, no ya los requisitos de perseguibilidad de los de punibilidad, sino ni tan siquiera probablemente el Derecho penal material del procesal, que es la base sobre la que pretende sustentarse tal dicotomía. Al menos no en términos excesivamente rígidos, en la medida en que, como vemos, hay instituciones en ambos sectores del ordenamiento que responden a los mismos criterios. Es más, tal pretendida distinción resulta enormemente perjudicial desde distintos puntos de vista, como son las disfuncionalidades que pueden plantearse desde el punto de vista político-criminal o incluso de tipo dogmático – tratamiento uniforme de los casos – tal y como veremos con mayor claridad en cuanto entremos al análisis individualizado de cada uno de los supuestos delictivos.

En efecto, tal diferenciación plantearía además otros tantos problemas de imposible solución, como la aplicación retroactiva de aquellas figuras que, como sucede con la denuncia o querella, fueran incluidas entre los denominados presupuestos procesales. Lo mismo podría decirse de la prescripción o de cualquier otra causa de exclusión de la responsabilidad penal, como el perdón del ofendido o aquellas figuras consideradas por la doctrina mayoritaria como condiciones objetivas de procedibilidad. Siempre que atribuyésemos a este tipo de institutos una naturaleza meramente procesal, la consecuencia inmediata sería la teórica imposición de su aplicación retroactiva, habida cuenta de que, a diferencia de lo que sucede en el Derecho sustantivo, en el procesal no rige el principio de irretroactividad de disposiciones desfavorables – *tempus regit actum* –. Extremo que sin embargo no parece viable y que, si bien ha dado lugar a corrientes jurisprudenciales contradictorias, ha sido abiertamente rechazado, de entrada, por la Fiscalía General del Estado en diversas Circulares, que si bien adolecen de cualquier tipo de carácter vinculante, resultan claramente ilustrativas por ser el primer interesado en la persecución de los ilícitos penales.

SEGUNDA PARTE

Aspectos generales: primera aproximación crítica a los requisitos de perseguibilidad

CAPÍTULO IV. - FUNDAMENTOS COMUNES DE LOS REQUISITOS DE PERSEGUIBILIDAD

§ IV. 1. - Introducción

(1).- Entre todos los grupos delictivos aquí estudiados existen múltiples interrelaciones y, para cada caso, ya hemos anticipado que, al igual que sucede con las condiciones objetivas de punibilidad, serían varias las razones esgrimidas por la doctrina científica las que habrían animado al legislador a limitar la capacidad de actuación del *ius puniendi*, si bien por lo general siempre estrechamente relacionadas con razones utilitarias o de oportunidad¹⁴². Así, no es difícil encontrar, con mayor o menor precisión, referencias de orden político-criminal, merecimiento y necesidad de la pena, intervención mínima subsidiariedad y *ultima ratio* del Derecho penal, etc., cuando del estudio de la denuncia y querella privadas se trata. Ocurre empero, que siendo un grupo tan heterogéneo, y aun existiendo efectivamente algunos lazos de unión o correlaciones entre muchos de estos delitos, limitarse a un estudio conjunto de todos ellos, con el propósito de encontrar una única justificación común que soporte un idéntico tratamiento entre delitos de tanta gravedad como los relativos a la libertad sexual frente a otros tan irrelevantes como la falta de injurias, puede llegar a resultar sin duda alguna insuficiente¹⁴³. Máxime, a la vista de que en no pocas ocasiones las razones que justifican este especial tratamiento estarían vinculadas con el concreto bien jurídico

¹⁴² Efectivamente, entre la doctrina científica es posible encontrar opiniones diversas sobre la perseguibilidad privada de este tipo de delitos, tanto a favor como en contra del mantenimiento de este tipo de condiciones. También existen no pocas críticas en relación con estas figuras, vid. por el momento MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 399 y ss., quienes aunque de forma excesivamente genérica, entienden que estos requisitos responden en muchas ocasiones a razones “meramente arbitrarias o de oportunismo político”.

¹⁴³ Cfr. MORAL GARCÍA, A. *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, op. cit., pág. 68, que en contra de esta opinión entiende que resulta erróneo el estudio separado de cada uno de los subgrupos de delitos sometidos a la exigencia de previa denuncia, buscando de forma rígida la motivación de cada uno de ellos.

protegido¹⁴⁴ de cada uno de los tipos – especial disponibilidad del mismo, escasa alarma social, etc. –.

Limitarnos a un estudio de tipo genérico puede resultar incompleto, además, habida cuenta de que, en muchos de los casos, los argumentos de carácter genérico ofrecidos por la doctrina pueden servir para unos delitos pero quizás no para otros. Es el caso, entre otros, del principio de mínima intervención del Derecho penal o de la nula repercusión de determinados ilícitos en la sociedad, los cuales en el mejor de los supuestos podrían ayudar a entender la exigencia de previa denuncia en determinadas faltas o de ilícitos ya protegidos por otras jurisdicciones como los atentados contra la intimidad, o los societarios, pero que difícilmente justificarían la perseguibilidad privada de otros delitos de mayor gravedad, como el de reproducción asistida sin consentimiento que prevé penas de prisión de hasta seis años.

De ahí que, además del análisis general que abordaremos a continuación, sea imprescindible entrar también en el estudio individualizado de cada tipo penal a fin de poder emitir una opinión fundada acerca de este tipo de tratamientos, teniendo en cuenta además que los fundamentos específicos de cada uno de ellos no tienen por qué coincidir en todos los casos, aun cuando finalmente siempre sea posible acudir a la tan mentada oportunidad del Derecho penal. Como ejemplo ilustrativo, podríamos señalar las diferencias entre muchos de los ilícitos penales que aquí nos ocupan, como los existentes entre los delitos contra el honor y los delitos contra los consumidores y usuarios. Mientras en los primeros la doctrina suele acudir al carácter personalísimo del bien jurídico protegido para defender su condición privativa, en los segundos no cabría en modo alguno tal argumentación. Piénsese, v. gr., en los delitos de publicidad engañosa o de alteración de precios de materias primas, donde si alguna conclusión podemos extraer a primera vista es, al contrario que en el primer supuesto, que el objeto de protección es claramente supraindividual en vez de particular. Consecuentemente, es obvio que las dificultades que nos encontraremos a la hora de intentar homogeneizar la justificación de la perseguibilidad a instancias del particular en ambos supuestos van a ser evidentes.

¹⁴⁴ Cfr. GARCÍA-PABLOS, A. *Introducción al Derecho penal, Volumen II*, 5ª Ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, pág. 754, para quien únicamente en determinadas ocasiones es posible justificar el condicionamiento del procedimiento a la denuncia o querella por parte del perjudicado a través del bien jurídico protegido.

A todo lo anterior, podemos añadir otra serie de elementos que exigen irremediablemente el estudio individualizado de todos estos delitos, como la necesidad de un mínimo análisis histórico del concreto requisito de perseguibilidad en cada uno de ellos, pues mientras en unos casos vendrá arrastrada desde nuestro primer Código penal napoleónico de 1822, manteniéndose hasta la actualidad de forma casi invariable, en otros, las variaciones se han venido sucediendo de forma continua hasta reformas tan recientes como la que tuvo lugar en el año 2010.

La necesidad de un tratamiento detallado de estos requisitos viene recomendado, además, porque como hemos podido apreciar, en función del tipo delictivo ante el que nos encontremos, el nivel de *privacidad* y las excepciones admitidas para la interposición de denuncia por parte del Ministerio Fiscal pese a no haber manifestado el agraviado su voluntad de perseguir el delito, varían sustancialmente.

Por último, y no por ello menos importante, a lo largo de los siguientes capítulos podremos observar las múltiples antinomias que encierran estos tipos penales al compararlas, tanto entre sí, como entre otros delitos de su misma naturaleza. Inevitablemente habrá que tener en cuenta todas estas contradicciones a la hora de encontrar algún tipo de justificación racional a este tipo de excepciones, si es que es posible.

(2).- No obstante lo expuesto, a lo largo de las siguientes páginas intentaremos identificar y analizar los argumentos comunes frecuentemente esgrimidos por la doctrina, en orden a verificar si justifican razonablemente el especial tratamiento ofrecido por estos requisitos desde el punto de vista de su perseguibilidad.

§ IV. 2. - Pretendidos argumentos supuestamente unificadores para intentar justificar la perseguibilidad privada

(1).- Resulta una tarea ciertamente quimérica pretender encontrar algún tipo de argumento que justifique de forma colectiva las condiciones objetivas de perseguibilidad en todos los delitos aquí estudiados, vista su pluralidad y diversidad.

Desde un punto de vista sustantivo, la persecución privada se contradice con el principio de legalidad, esto es, el máximo principio que consagra la legitimidad y legalidad del Derecho penal. Procesalmente hablando, la persecución penal únicamente a instancias del ofendido supone la excepción a la regla general, presidida por el principio de oficialidad, que implica que la actividad jurisdiccional, sin perjuicio de que mantenga ciertos hilos de conexión con la iniciativa de las partes, no tiene que ceñirse de un modo absoluto al tenor de sus pretensiones¹⁴⁵; principio éste que justifica por otro lado la persecución penal a cargo del Estado a través del Ministerio Fiscal¹⁴⁶. La publicidad que caracteriza a nuestro Derecho penal, implica desde esta perspectiva una absoluta indiferencia por el interés particular de la víctima, bastando con que efectivamente se haya infringido la norma para la imposición del correspondiente castigo.

Frente a lo anterior, sucede en cambio que para aquellos delitos sometidos a la previa interposición de denuncia o querrela por el perjudicado u ofendido, no será posible la condena sin la antedicha iniciativa privada, aun cuando la conducta fuera merecedora de reproche penal. No nos encontramos en consecuencia ante ningún tipo de interrelación entre las pretensiones de la partes y la del *ius puniendi*, sino – especialmente en aquellos delitos dotados de una mayor *privacidad* – ante una verdadera dependencia o subordinación de este último hacia la primera desde el mismo instante en que, si la víctima no muestra un interés expreso en que una determinada conducta sea perseguida y sancionada, no será posible la imposición de ningún tipo de castigo al agresor. Rigen

¹⁴⁵ SOTO NIETO, F. *El principio acusatorio en el proceso penal y sus singularidades*, La Ley, nº 6535, 27 de julio de 2006, año XXVII, Ref. D-181.

¹⁴⁶ El principio de oficialidad tiene su origen en la frase latina “*nemo iude sine actore*” – no puede haber juicio sin actor –. No puede haber ningún proceso sin ninguna petición, el juez no puede investigar por sí mismo, se requiere la actuación de alguna de las partes para que se pueda llevar a cabo el proceso. El principio de oficialidad tiene como finalidad evitar las prácticas inquisitoriales, por lo que el ejercicio de la acción se debe dar a un órgano especial llamado Ministerio Público.

por tanto principios más propios del ordenamiento civil –oportunidad, dispositivo y aportación de la parte –, que del penal – necesidad, oficialidad, legalidad, etc. –¹⁴⁷. Si a todo lo anterior, añadimos el hecho de que cada uno de estos delitos tiene un bien jurídico protegido distinto, en respuesta a necesidades sociales también distintas, la tarea de encontrar un único argumento justificador deviene ciertamente difícil.

Estos importantes escollos son los que han llevado a la doctrina a vincular los requisitos de perseguibilidad, a grandes rasgos, con los fines genéricos del Derecho penal y, en general, del Ordenamiento Jurídico¹⁴⁸; y desde un punto de vista más particular, con otros fines mucho más concretos en función del tipo de delito de que se trate.

(2).- Como decimos, dada la variedad de tipos delictivos en los que el legislador ha establecido algún requisito de perseguibilidad, la tarea de encontrar un concepto unitario que justifique la existencia del mismo no es fácil. No obstante, podemos decir en primer lugar que aun cuando efectivamente las razones por las que éste ha optado por la imposición de alguna exigencia de estas características admitan matices en función del caso concreto, el denominador que comúnmente persiste en todos los delitos es la prevalencia de los intereses privados en juego, frente a los públicos que por lo general se imponen en el Derecho penal¹⁴⁹. Nos encontramos por tanto ante una cesión del interés colectivo frente al de la víctima.

Es por ello, que entre los argumentos de tipo genérico esgrimidos habitualmente por la doctrina, podemos vislumbrar cierta tendencia a acudir al interés particular de la víctima como elemento justificador de esta exigencia, situando así los fines privados del ofendido por encima de los generales inherentes a la persecución de toda acción penal. Sería, por tanto, y como ya ocurriera con el Código penal de 1973, una preferencia del legislador que, por afectar este tipo de delitos a la esfera de la intimidad, honor, dignidad, familia, libertad sexual, etc., dejaba a la voluntad del ofendido o agraviado

¹⁴⁷ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. *Constitución y proceso penal*, op. cit., pág. 119. También DEL MORAL GARCÍA, A. *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, op. cit., pág. 62, para quien el proceso por delito privado se asemeja al proceso civil en la medida en que excluye la intervención del Ministerio Fiscal y de cualquier otro acusador distinto del perjudicado, da cabida al principio de impulso a instancia de parte o impide el planteamiento de la tesis acusatoria del art. 733 restringiendo las facultades del Tribunal.

¹⁴⁸ CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho penal español. Parte General*, 3ª Ed., Dykinson, Madrid, 2002, pág. 1174.

¹⁴⁹ DEL MORAL GARCÍA, A. *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, op. cit., pág. 61.

tanto su persecución como su descubrimiento¹⁵⁰. Desde esta perspectiva, la naturaleza privada o particular del bien jurídico protegido de cada uno de los delitos en cuestión, sería la que justificaría someter el *ius puniendi* al mero interés privado del particular¹⁵¹.

Esta consideración, como se podrá observar fácilmente, plantea problemas fundamentales que han empujado a introducir ciertas matizaciones. Para empezar – y sobre esta cuestión nos veremos obligados a incidir de forma recurrente cuando analicemos de forma individualizada cada uno de estos delitos –, el carácter privado o particular del bien jurídico protegido es predicable de otros tantos tipos delictivos, como los que afectan a la libertad o la propiedad, que sin embargo no están condicionados por ningún requisito de perseguibilidad, al menos no en todos los tipos delictivos previstos en el Código penal. Tal situación ha obligado a hablar, no ya de valores individuales o personales, sino de *especial disponibilidad* por parte de su titular, que posibilitarían que éste pudiera decidir libremente entre la pertinencia de la intervención del *ius puniendi* o el silenciamiento del hecho¹⁵². Sin embargo, dicho argumento no resuelve eficazmente la contradicción antes apuntada, pues tales bienes como la libertad o la propiedad son igualmente disponibles respecto de su titular. Adicionalmente, esta pretendida justificación choca frontalmente con aquellos delitos que no tengan por objeto la protección de intereses individuales, a los que también nos referiremos *infra*, por lo que es claro que no es posible sostener la privacidad de este tipo de delitos sobre la base de dicho argumento. En efecto, con la introducción, a través del nuevo Código penal de 1995, de nuevos tipos delictivos alejados de dichos objetos de tutela de carácter personalísimo, tales como los delitos contra los consumidores y usuarios, o los societarios, tal justificación adquiriría carencias evidentes.

(3).- Junto a lo anterior, en la búsqueda de argumentos alternativos para justificar la exigencia de previa denuncia, encontramos opiniones vinculadas tradicionalmente tanto al Derecho penal sustantivo como al Derecho procesal penal. Entre las primeras, suelen esgrimirse, bien como fundamento de la privacidad de estos tipos penales, bien como ideario o guía de las características que debieran reunir tales ilícitos para gozar de dicho tratamiento excepcional, entre otros (i) que se trate de un hecho de poca entidad y de

¹⁵⁰ GÓMEZ COLOMER, J. .L. *Constitución y proceso penal*, op. cit., pág. 119 y 120.

¹⁵¹ COBO DEL ROSAL M./VIVÉS ANTÓN T. S. *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 954.

¹⁵² QUINTERO OLIVARES, O. *Parte General del Derecho penal*, 3ª Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 779.

carácter no violento, porque sólo en esos casos es plausible atender primariamente a los intereses del ofendido, descuidando los que vienen exigidos por la prevención general y por la especial; (ii) que su prueba implique el riesgo de una intromisión en la vida privada de la víctima; (iii) que el hecho sea de carácter predominantemente ocasional, y que su persecución penal pueda suponer un daño irreparable para el ofendido¹⁵³; argumentos éstos que, por cierto, también podemos encontrar entre doctrinas foráneas como la alemana¹⁵⁴.

Adicionalmente, otras opiniones científicas se inclinan por entender que las condiciones de perseguibilidad desempeñan la función de hacer depender la persecución penal de datos relacionados exclusivamente con la esfera del proceso, por lo que su fundamento lo encontraríamos en razones utilitarias que expresen la conveniencia de la persecución procesal de una conducta delictiva que, de por sí, se considera oportuna desde la perspectiva de los fines y funciones que tiene asignados el Derecho penal¹⁵⁵. Esta idea de utilidad puede relacionarse también con los requisitos de perseguibilidad en el sentido de que carecería de sentido iniciar un procedimiento penal sin la aquiescencia del perjudicado, habida cuenta de que en la mayoría de los casos su colaboración es decisiva¹⁵⁶.

¹⁵³ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 90 y ss. También ARAGONESES ALONSO, P. *Instituciones de derecho procesal penal*, op. cit., pág. 509, que esgrime como fundamentos de este tipo de requisitos (a) la nula repercusión de este tipo de delitos en la sociedad o la escasa alarma social de los ciudadanos; (b) la escasa entidad de ciertas lesiones jurídicas y la naturaleza íntima y delicada de algunos delitos; (c) razones de conveniencia que aconsejan reservar su ejercicio al ofendido para no aumentar el daño inferido a su honor con el escándalo de un proceso; (d) subordinación del interés público de la punición al interés privado de evitar un escándalo y mantener la concordia entre los ciudadanos o la paz entre familiares; y (e) que el perdón equivale al castigo. Estos motivos fueron sintetizados también por FERNÁNDEZ LÓPEZ M. A., *Nuevo panorama de los delitos perseguibles de oficio y de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte*, Revista jurídica de Cataluña, nº 2, 1979, pág. 104 y 105, en (i) la escasa repercusión social de la ofensa en cuestión, frente a la importante gravedad de determinados intereses particulares; y (ii) el mayor perjuicio que podría ocasionar la iniciación de un procedimiento penal con el inevitable *strepitus fori* que lleva aparejado.

¹⁵⁴ Vid. JESCHECK, H. H./WEIGEND, T. *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 5ª Ed., Comares, Granada, 2002, pág. 978, traducida por OLMEDO CARDENETE, M., quienes a su vez afirman que ya desde MITTERMAIER la doctrina alemana viene distinguiendo tradicionalmente tres motivos fundamentales que justifican la imposición de esta medida, a saber: (a) la escasa importancia y relevancia penal de este tipo de delitos; (b) la existencia de una estrecha relación entre víctima y agresor que hacen recomendable la posibilidad de una salida negociada de forma extrajudicial como solución del conflicto; y (c) la protección de la víctima del delito frente a una lesión de su esfera privada como consecuencia del inicio del proceso penal.

¹⁵⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 2ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 572 y ss.; en parecido sentido, vid. también MARTÍNEZ GARCÍA, C. *Las condiciones objetivas de punibilidad*, op. cit., pág. 102.

¹⁵⁶ GARCÍA-PABLOS MOLINA, A. *Introducción al Derecho penal, Volumen II*, op. cit., pág. 755.

Yendo aún más lejos, podemos encontrar opiniones extremadamente pragmáticas que entienden que el fundamento de las infracciones cuya persecución queda sometida a la previa denuncia del perjudicado, y en las que se otorga la eficacia del perdón, late básicamente el interés de potenciar los acuerdos extrajudiciales y descargar a los órganos judiciales de trabajo, que implica un beneficio, tanto para la víctima, como para el delincuente e incluso para el Estado. La escasa trascendencia del bien jurídico protegido y su relativa poca gravedad del ilícito cometido tendrían también una gran importancia, permitiendo que sea el propio ofendido quien tome en primer lugar la decisión de perseguirlo y ser resarcido. De este modo, efectivamente la exigencia de denuncia o querella funcionaría en ocasiones como una técnica al servicio de la ya referida intervención mínima del Derecho penal, o incluso como medio de aligerar la saturación de trabajo que diariamente sufren nuestros Jueces y Tribunales. Además, si no existe alarma social, el perjudicado u ofendido ya ha sido resarcido de forma extraprocesal, u opta por renunciar a la acción penal, carece de sentido la iniciación de un procedimiento penal¹⁵⁷. Nos encontraríamos por tanto ante una manifestación conjunta de los principios de mínima intervención y oportunidad en sentido amplio.

Son sin duda, todos ellos, argumentos genéricos y poco precisos, que se resumen, en última instancia, en la escasa trascendencia social del ilícito cometido, la consideración de que a través de estas condiciones objetivas sea posible valorar a través de la víctima la entidad de la ofensa producida, junto a las antedichas razones de economía procesal que desaconsejarían que la maquinaria procesal se ponga en marcha para la persecución de determinados delitos¹⁵⁸. Opiniones éstas que, en definitiva, no hacen sino acudir a los principios de intervención mínima y oportunidad del Derecho penal, fundamentando este tipo de exigencias en un contexto descriminalizador de determinados hechos delictivos, bien por su escasa trascendencia jurídico penal, bien por encontrarse sancionadas en otros sectores o ramas del Derecho – principio de subsidiariedad del Derecho penal –, bien por no existir interés suficiente por parte de la víctima o el Ministerio Fiscal en iniciar todo un procedimiento penal para sancionar conductas de escasa trascendencia. Corriente ésta que, anticipamos, se compadece mal con la entidad de muchos de los delitos aquí estudiados, bien porque afectan a bienes jurídicos

¹⁵⁷ Vid. DEL MORAL GARCÍA, A. *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, op. cit., pág. 67 y 69.

¹⁵⁸ CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español. Parte General*, op. cit., pág. 1174.

protegidos vinculados a derechos fundamentales tan elementales como la libertad, o incluso, a cualesquiera otros capaces de afectar de forma ostensible al interés social¹⁵⁹. Así, no podemos olvidar que dicho principio de insignificancia o escasa trascendencia jurídico-penal para justificar la imposición de requisitos procesales para perseguir un delito también ha sido criticado, y no sin razón, con el sencillo pero contundente argumento de que si el hecho en cuestión se encuentra castigado por nuestro Código punitivo, lo es porque existe suficiente entidad para constituir infracción penal siempre que se ejercite la acción penal correspondiente¹⁶⁰.

En cualquier caso, siendo éstos los motivos principales esgrimidos no sólo por nuestra doctrina nacional, resulta insoslayable detenernos a continuación en su estudio de forma detallada.

(4).- Efectivamente, aun cuando no cabe duda de que desde un punto de vista meramente utilitario, la proliferación de este requisito en cada vez más delitos contribuye de forma indudable en la labor de descongestión de los Juzgados de Instrucción, resulta obligado comprobar si la renuncia estatal a perseguir delitos de cierta entidad puede justificarse, sin más, en argumentos tan simplistas como la reducción de la carga de trabajo de la Administración de Justicia o una pretendida escasa entidad de determinados tipos penales. Máxime, cuando el incremento de los requisitos sometidos a condiciones objetivas de perseguibilidad en nuestro Derecho penal a lo largo de las últimas décadas, tanto a través del Código penal de 1973 y de reformas como la ejercida por la LO 3/1989, de 21 de junio – sin duda alguna influenciada por la Recomendación nº R. (87) 18 del Comité de Ministros de los Estados Miembros (de la antigua CEE) sobre la Simplificación de la Justicia Penal, adoptada el 17 de septiembre de 1987 en la 440 reunión de los Delegados Ministeriales¹⁶¹ –, como las que posteriormente fueron incluidas por el vigente Código

¹⁵⁹ Vid. por ahora, y a título de ejemplo, FARRALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*, op.cit., pág. 113, que entiende igualmente que la introducción de este tipo de restricciones implica *per se* una limitación a los Tribunales de un tipo de delincuencia, como es la societaria, que puede lesionar o poner en peligro intereses generales de notable entidad.

¹⁶⁰ PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M^a., en el estudio preliminar del libro de KAUFMANN, H. *Pretensión penal y derecho a la acción penal*, op. cit., pág. 25.

¹⁶¹ Vid. Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, nº 1518, 15 de febrero de 1989, pág. 716. La referida recomendación abogaba por la restricción de los procedimientos penales, entre otras, mediante la inclusión de este tipo de requisitos, afirmando lo siguiente: “deberá aumentarse el número de supuestos legales en los que la iniciación de la persecución penal se sujeta a una condición; especialmente cuando el

penal, puede repercutir en una desprotección de la víctima dada la menor participación del Ministerio Fiscal, tanto en el ejercicio de la acción penal como de la civil resarcitoria en sustitución del perjudicado¹⁶².

La cuestión es, por tanto, si este distinto tratamiento, o, dicho de una forma mucho más clara, esta desprotección de la víctima derivada de la autolimitación de la capacidad de actuación del *ius puniendi*, encuentra algún tipo de justificación, bien entre los citados principios de mínima intervención u oportunidad, bien entre esas pretendidas especiales características de los diferentes bienes jurídicos protegidos llamados a proteger por estos tipos delictivos, o en algún otro tipo de fundamento.

§ IV. 3. - ¿Límites político-criminales para los requisitos de perseguibilidad?

§ IV. 3. 1. - Descarte de un primer pretendido anclaje: merecimiento y necesidad de la pena

(1).- La imposición de una pena en el ámbito criminal viene determinada por la especial gravedad del daño proferido. La razón de la cualificación descansa así en el merecimiento de la pena, determinado por ese grado de aumento del injusto que establecen el desvalor del resultado y el desvalor de la acción.

Siguiendo a SCHÜMEMANN, una adecuada construcción del Derecho penal pasa irremediablemente por una *desvalorización objetiva especialmente intensa* del hecho, junto con la *responsabilidad individual* del autor del hecho¹⁶³. Y en consecuencia, en la determinación de los tipos a incluir en el Código penal tomaremos como referencia la gravedad del injusto sobre la base del daño social que producen. Adicionalmente, para solventar las dudas o lagunas que puedan persistir, hay que tener en cuenta también las

interés público no es prevalente, la renuncia o el consentimiento de la víctima podrá ser una condición previa a la iniciación de la persecución penal.”

¹⁶² GIMENO SENDRA, V. *La aplicación procesal del nuevo Código Penal*, Diario La Ley, 1996, Ref. D-365, Tomo 6.

¹⁶³ SCHÜMEMANN, B. *Introducción al razonamiento sistemático del Derecho penal*, en *Obras. Colección de Autores de Derecho penal* (Dir. DONNA, E. A.), Tomo 1, Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, 2009, pág. 316.

valoraciones rectoras especificadas en el merecimiento y necesidad de la pena, teniendo en cuenta a su vez los principios de fragmentariedad, *ultima ratio* y lesividad.

(2).- A partir de lo anterior, la insignificancia o irrelevancia de la agresión se erigen como el elemento de valoración en virtud del cuales es posible obviar la aplicación del Derecho penal. De tal modo que, mientras en virtud del principio de legalidad, el merecimiento de la pena queda consagrado por el legislador a través de la redacción de la norma, inevitablemente corresponderá a los Jueces y Tribunales la interpretación, incluso teleológica, si es preciso, para excluir aquellos supuestos que, aun lesionando determinados bienes jurídicos, no superen el umbral de gravedad exigido para aplicar la norma penal.

Es por ello por lo que, si bien existen atentados contra múltiples intereses dignos de protección – intimidad, honor, propiedad, libertad, etc. –, ello no implicará en todo caso la intervención del Derecho penal, sino únicamente cuando la gravedad del atentado así lo exija. La irrelevancia, estrechamente relacionada con el merecimiento y la necesidad, operan así como causa de exclusión de la pena, al suponer atentados insuficientes contra los bienes jurídicos que el *ius puniendi* pretende proteger. Ahora bien, no tanto como una cuestión de perseguibilidad penal, sino más bien como una ausencia de tipicidad penal.

§ IV. 3. 2. - Descarte de un segundo pretendido anclaje: principios de intervención mínima y caracteres de subsidiariedad, fragmentariedad y *ultima ratio*

(1).- La legitimación (o limitación) del poder punitivo estatal exige la combinación de diversos juicios de valor. La mayor gravedad de una conducta suele inspirar la adopción de medidas más severas para su represión, si bien tendremos que tener en cuenta además si, pese a esa especial lesividad, su persecución o sanción puede hacerse eficazmente desde otros sectores del ordenamiento.

La gran mayoría de los delitos sometidos a condiciones de perseguibilidad privada se encuentran precisamente en esa frontera. Tipos penales que por su especial relevancia

vienen siendo paulatinamente tipificados como tales en los sucesivos Códigos penales con el paso de los años, para adecuarse a la realidad social del momento y a las nuevas formas de criminalidad que, no obstante, en sus versiones menos lesivas están igualmente sancionados en otras jurisdicciones. Los delitos socioeconómicos y contra el patrimonio, los delitos contra la intimidad, los delitos de abandono de familia o incluso los delitos de reproducción asistida no consentida y acoso sexual, son claros ejemplos de ello. Existen normas específicas en el ámbito civil, mercantil, administrativo o laboral que regulan todas estas conductas, pese a lo cual el Derecho penal ha ido incorporando poco a poco diversos tipos delictivos que sancionan las lesiones del bien jurídico protegido que generan una mayor alarma social. En unos casos esa norma alternativa surge con posterioridad a la tipificación del delito – como sucede con los delitos contra el honor, regulados en el Código penal desde antiguo, y por la jurisdicción civil únicamente a partir de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen –, mientras que en otros, ya existía una legislación mercantil o administrativa previa a la tipificación del ilícito penal – como ocurre con los delitos societarios o gran parte de los que atentan contra los consumidores y usuarios –.

En la tipificación de algunos de estos delitos el legislador ha optado por limitar la perseguibilidad en lo que viene siendo interpretado por parte de la doctrina científica y jurisprudencial como manifestaciones de principios del Derecho penal tales como el de intervención mínima, subsidiariedad, fragmentariedad o incluso el de oportunidad. Tal circunstancia no sucede sin embargo en todos los casos, pues obviamente hay otros muchos ilícitos mercantiles, civiles, administrativos, laborales, etc. que, o bien no encuentran respuesta penal para sus modalidades más lesivas, o bien aun encontrándola no contienen ningún tipo de restricción *privativa* como las que aquí nos ocupan, o bien tienen impuestas otro tipo de limitaciones – como sucede con los delitos contra la Hacienda Pública, entre otros muchos, que no requieren denuncia o querrelas privada, pero sí exigen una defraudación mínima de 120.000 € –.

(2).- El principio de necesidad determina la intervención penal. La proporcionalidad determina los mínimos y máximos de legitimidad de una hipotética intervención punitiva, esto es, la graduación de la intensidad de la intervención punitiva.

El hecho de que todo delito encuentre su justificación en la protección de un concreto bien jurídico protegido, no implica necesariamente que el Derecho penal pueda, o deba, ser empleado para salvaguardar cualquier bien objeto de tutela. Frente al peligro de una desmesurada expansión del Derecho penal se alza así el principio de intervención mínima, que supone que únicamente deberán protegerse en dicha sede los bienes jurídicos más relevantes, y únicamente respecto de aquellos ataques más reprochables¹⁶⁴. Dicho principio se erige así, comprendido en el principio de necesidad y proporcionalidad en sentido amplio, como el límite político-criminal del *ius puniendi*, de forma que únicamente pueda intervenir en los conflictos sociales cuando sea inevitable. Estamos por tanto ante principios de carácter eminentemente utilitaristas, conforme a los cuales – en especial cuando hablamos de mínima intervención – únicamente cabe la sanción penal cuando sea estrictamente necesaria en términos de utilidad social¹⁶⁵.

El origen del principio de intervención mínima coincide con la llegada del liberalismo, cuyo máximo exponente de la aplicación de sus ideales al Derecho penal es BECCARIA, sobre la base de la limitación de una intervención punitiva del Estado excesivamente rígida, severa y coercitiva¹⁶⁶. Dicho principio era precisamente uno de los medios propuestos para justificar la reducción de los tipos penales a los mínimos necesarios.

¹⁶⁴ Así, entienden MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 72 y ss., que dicho principio supone que “el Derecho sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes”. En parecido sentido, vid. MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 117 y 118, que entiende que el principio de mínima intervención es el postulado de la máxima utilidad posible con el mínimo sufrimiento necesario. También ORTOS BERENGUER E./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 132.

¹⁶⁵ Vid. GARCÍA-PABLOS MOLINA, A. *Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del “ius puniendi”*, en *Estudios penales y jurídicos. Homenaje a Enrique Casas Barquero* (Coord. GONZÁLEZ RUS, J. J.), Universidad de Córdoba, 1996, pág. 250. Más ampliamente, del mismo autor, *Introducción al Derecho penal*, op. cit., pág. 561 y ss.; también SILVA SÁNCHEZ, J. Mª. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., pág. 246.

¹⁶⁶ En efecto, inmediatamente después de que ROUSSEAU publicara su influyente tratado *El contrato social* (1762), BECCARIA haría lo propio sobre la base del principio de legalidad, necesidad y proporcionalidad en el ámbito penal. Vid. BONESANA, C. (Marqués de BECCARIA) *Tratado de los delitos y las penas*, Heliasta, Brasil, 1993, *passim*. En concreto, afirma el autor, apoyándose en los citados principios de necesidad y proporcionalidad sobre los que pivota el Derecho penal moderno, y siguiendo las tesis previamente habían sido señaladas por MONTESQUIEU, que “(...) todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de una absoluta necesidad es tiránico” – pág. 59 y 60 –. Vid. también VERGARA, F. *Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo*, Alianza, Madrid, 1999, pág. 9, que entiende que dicho principio coincide efectivamente con el nacimiento del liberalismo, principalmente en Francia y Reino Unido.

Tal y como lo concebimos en la actualidad, el principio de intervención mínima ejerce de contrapeso o garantía frente al poder del *ius puniendi*, que implica la intervención punitiva únicamente frente a los ataques más graves y a los bienes jurídicos más relevantes. Siempre será preferible la aplicación de otras medias alternativas, dada su menor entidad. La intervención mínima ha de ser interpretada como uno de los principios que garantiza la construcción y mantenimiento de un sistema penal justo y coherente con los fines del actual Estado social y democrático de Derecho.

(3).- A su vez, del principio de mínima intervención es posible extraer los denominados caracteres de subsidiariedad o *ultima ratio* y fragmentariedad del Derecho penal¹⁶⁷. El carácter fragmentario implica la restricción del Derecho penal a los atentados más graves¹⁶⁸. La perturbación de los valores fundamentales de la comunidad es el elemento que justifica la intervención del Estado a través del Derecho penal. Esta protección es expresada a través de la tutela de bienes jurídicos esenciales que, por afectar a los intereses sociales, merecen protección penal por razón de su importancia. La intervención penal exige por tanto la lesión de un bien jurídico protegido de entidad suficiente. Como complemento de lo anterior, es necesario además que esa lesión sea consecuencia de un ataque especialmente grave o violento. El principio de subsidiariedad implica, desde esta perspectiva, que el Derecho penal, como forma de control social, únicamente tendrá operatividad cuando se evidencie la ineficacia del resto de las ramas del Derecho¹⁶⁹.

Manifestación del principio de proporcionalidad y necesidad es también la obligada consideración del Derecho penal como *ultima ratio* a la que solo será posible acudir cuando los demás instrumentos jurídicos de menor intensidad coactiva devengan ineficaces. Así, el principio de subsidiariedad implica la utilización del Derecho penal únicamente en aquellos supuestos en los que, siendo especialmente graves, no es

¹⁶⁷ Vid. MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 118.

¹⁶⁸ Vid. LUZON CUESTA, J. M^a. *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 21^a Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pág. 24, para quien “(l)a observancia de este principio obliga, para adecuar el Derecho penal a la realidad social, a despenalizar conductas que no se consideran dignas de represión penal, pero, al mismo, tiempo, a sancionar nuevas formas de criminalidad.”

¹⁶⁹ MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 74. Vid. también GARCÍA-PABLOS MOLINA, A. *Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del “ius puniendi”*, op. cit. pág. 253, para quien la intervención subsidiaria del Derecho penal “sugiere a los poderes públicos un uso parco y cauto de los gravosos resortes ‘penales’, precisamente porque el Estado de Derecho dispone de otros medios eficaces de menor coste social.”

posible, o suficiente, la intervención de otras ramas. Este principio está por tanto estrechamente vinculado con la gravedad del ataque o la entidad del bien jurídico que se intenta proteger. Únicamente cuando fracasan medidas menos drásticas o cuando no es posible su aplicación, puede resultar aconsejable acudir al Derecho penal como última vía de solucionar conflictos sociales de especial trascendencia¹⁷⁰.

Existirá así una infracción del principio de intervención mínima cuando, antes de la inclusión de un concreto tipo penal no se hayan agotado antes otros medios de protección. Cuando un bien jurídico sea directamente protegido por el Derecho penal, sin pasar antes por otras ramas del Derecho nos encontraremos ante una vulneración de la *ultima ratio*. También, obviamente, cuando un Juez o Tribunal aplique la norma penal por encima de otra de menor entidad, siendo esta última más ajustada a la gravedad de la infracción proferida.

En consecuencia, el Derecho penal únicamente podrá reservarse para casos extraordinariamente graves – carácter esencial o fragmentario – y cuando no haya más remedio por haber fracasado otros mecanismos de protección alternativos – naturaleza subsidiaria –. El principio de intervención mínima obliga así al legislador a la exclusión de la esfera penal de aquellos comportamientos que lesionen bienes jurídicos de menor trascendencia o lesiones menores o meramente tangenciales.

(4).- La aplicación del Derecho penal plantea, en consonancia con lo expuesto hasta ahora, la determinación de las conductas sancionables o perseguibles, así como los criterios que hay que tener en cuenta para su selección. Lamentablemente en nuestro ordenamiento no se ha ocupado en exceso de la regulación de la actividad productora de normas punitivas y responsable de su optimización formal y material¹⁷¹, que sin duda alguna, sería de extrema utilidad para delimitar el cada vez mayor protagonismo de que goza el Derecho penal. A falta de lo anterior es inevitable, cuando menos, partir de principios legitimadores de la intervención del Derecho penal como los citados hasta ahora. Y es precisamente aquí donde reside el problema de la aplicación de dicho principio, pues si bien en el plano teórico no suelen darse demasiadas dificultades en su

¹⁷⁰ Vid. LUZON CUESTA, J. M^a. *Compendio de Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 24.

¹⁷¹ Resaltado por PRIETO DEL PINO, A. M^a. *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el Mercado de Valores*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 205.

comprensión, siendo una cuestión pacífica la determinación de sus términos entre la doctrina, mayores problemas nos encontramos a la hora de dotar de un contenido material efectivo que permita valorarlo como un criterio orientador legitimador de la intervención – o restricción – del Derecho penal.

En efecto, para poder apreciar trascendencia penal de cualquier bien jurídico protegido será necesario extraer previamente algunas consideraciones a partir los presupuestos antes expuestos. Consideraciones extremadamente sensibles como la determinación de la repercusión de una determinada conducta sobre el individuo, la trascendencia social del acto o la existencia de vías sancionatorias alternativas eficaces; y todo ello aplicando principios garantistas, como el de la intervención mínima.

Así las cosas, y habida cuenta del amplio poder y el margen de decisión que ello conlleva, parece claro que corresponderá al legislador definir o, mejor dicho, garantizar el cumplimiento de dichos principios, tanto mediante la selección de los bienes jurídicos que merecen ser protegidos por el Derecho penal conforme al ya aludido principio de fragmentariedad o esencialidad, como a la definición de la proporción entre el desvalor de la acción y el desvalor del comportamiento prohibido. De ahí que no resulte posible acudir al principio de mínima intervención para justificar los postulados del denominado *Derecho penal privado*. En efecto, corresponde únicamente al legislador la responsabilidad de hacer un análisis *ex ante* del bien jurídico a proteger penalmente y de la pena a imponer en caso de verse menoscabado. Únicamente éste debe de tener la facultad de verificación acerca de la gravedad de la conducta que se pretende sancionar, así como sobre si la aplicación de otras ramas del Derecho es insuficiente antes de incorporar el tipo al Código penal. O, subsidiariamente, a los Jueces y Tribunales a través de esa labor interpretativa que les ha sido encomendada en la aplicación de esos mismo tipos¹⁷². Dejando de un lado evidentes distorsiones en relación con derechos fundamentales como la igualdad o la legalidad, justificar los delitos privados supondría trasladar al particular el poder de decisión sobre cuestiones tan complejas como el *merecimiento y necesidad de la pena*, es decir, que sea él quien valore la entidad del atentado en cuestión o, peor aún, incluso en ocasiones también de la conveniencia de su

¹⁷² Dicha labor interpretativa habrá de llevarse a cabo, no obstante, sin ir más allá de los límites del tenor literal de la propia norma. Vid. HUERTA TOLCIDO, S. *El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal* (Art. 7 CEDH y art. 4 P/), op. cit., pág. 532.

reparación o sanción en el orden penal o en otro, como podría llegar a suceder, v. gr., con los atentados contra el honor.

Por este motivo, no es posible fundamentar la perseguibilidad privada sobre la base del principio de mínima intervención, como filtro previo de acceso al procedimiento penal de aquellas conductas que, únicamente en opinión de las personas ofendidas o agraviadas, puedan resultar más lesivas o perjudiciales. Resulta improcedente convertir a dicha persona en garante de dicho principio, no sólo habida cuenta de la alta responsabilidad que ello conlleva, sino porque de este modo estaríamos abriendo la posibilidad al uso del Derecho penal con fines únicamente particulares e, incluso, chantajistas, llegado el caso de que dicha persona optase por interponer acciones únicamente con la intención de obtener algún tipo de ventaja.

(5).- Así las cosas, ante la pregunta sobre si podría el principio de intervención mínima justificar la privatización de determinadas normas penales, la respuesta necesariamente ha de ser negativa. Exceptuando los delitos contra la libertad sexual – y, dentro de ellos, con la salvedad también del acoso sexual –, el resto de los delitos objeto del presente trabajo se encuentran regulados previamente por leyes civiles, mercantiles o administrativas. Cuando estos comportamientos sean de tal gravedad que perturben gravemente la convivencia social, siendo patente por tanto la ineficacia de dichas leyes “accesorias”, ya no estaremos ante ilícitos menores, sino ante la extralimitación de la frontera que determinan la fragmentariedad y la intervención mínima. Es en este momento cuando se hace necesaria la intervención del Derecho penal.

Si tomamos como ejemplo cualquiera de los delitos contra los consumidores y usuarios, vemos fácilmente que todos ellos regulan conductas previamente reguladas en el ámbito administrativo o mercantil. Más adelante veremos que la publicidad engañosa o la detracción de materias primas se encuentran previamente reguladas en el ámbito extrapenal mediante disposiciones tales como la Ley de Publicidad, la Ley de Defensa de la Competencia o la Ley de Competencia Desleal. Y únicamente cuando la agresión trasciende de dicho ámbito, poniéndose en peligro valores como el orden socioeconómico o la libre competencia en sentido amplio, es cuando la entrada de una regulación tan agresiva como la penal encuentra justificación.

Llegados a este punto, parece claro que la opinión de la persona agraviada no puede ser determinante, teniendo en cuenta que, aun cuando ante determinados supuestos pueda alegarse la existencia en juego de bienes jurídicos individuales o especialmente disponibles, al estar afectados otros intereses de mayor trascendencia como la paz social y el interés social en perseguirlos, no corresponde a dicha persona decidir en exclusiva sobre la conveniencia de la persecución del delito en cuestión.

(6).- Efectivamente la intervención del Derecho penal exige cierto control a fin de incriminar comportamientos activos u omisivos de especial entidad. Y a tal fin, resultan esenciales la imposición de límites materiales que afecten directamente al contenido y la extensión de aquél. Límites que aseguren la racionalidad y el coste social empleados por el legislador, exigiendo un empleo restrictivo de la pena como medio de represión y de regulación de las relaciones sociales.

Dicha tarea deberá llevarse a cabo mediante manifestaciones tales como la identificación de bienes jurídicos nucleares a tutelar por el Derecho penal mediante medios selectivos, la tipificación de las modalidades de ataque, o la evitación de criminalización de comportamientos meramente contrarios a la moralidad¹⁷³. Ahora bien, corresponde a la ley – como manifestación del principio de legalidad – la selección de tales bienes objeto de protección o de las conductas (imprudentes o dolosas) merecedoras de pena. Dicha labor en ningún caso podrá llevarse a cabo por el particular conforme a criterios subjetivos, sino, como decimos por parte del legislador de forma precisa y siguiendo todos los principios referidos anteriormente, así como los requisitos de *merecimiento, necesidad y susceptibilidad*¹⁷⁴.

¹⁷³ Vid., entre otros, MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 80 y ss.

¹⁷⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS MOLINA, A. *Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del “ius puniendi”*, op. cit. pág. 259.

§ IV. 4. - El principio de oportunidad como complemento de la legalidad y necesidad penal

§ IV. 4. 1. - Legalidad y deber de persecución penal

(1).- El principio de legalidad – en su variante denominada procesal – que rige en el sistema penal español, implica el inicio del procedimiento ante la existencia de indicios de delito. Por este motivo, cualquier persona está obligada a denunciar cualquier delito sobre el que tenga constancia¹⁷⁵ y el Ministerio Fiscal a perseguirlo siempre y cuando persistan los indicios y se haya identificado al presunto responsable¹⁷⁶. Este principio implica, en lo que al Ministerio Público respecta, también la imposibilidad de abandonar la acción penal una vez abierto el procedimiento¹⁷⁷, como manifestación de la apuntada obligación de perseguir el delito. Es por ello por lo que, además, el art. 644 LECrim. faculta al Juez o Tribunal a remitir la causa al Fiscal Jefe, incluso, cuando el Fiscal solicite el sobreseimiento o archivo de forma improcedente sin estar personada la acusación particular.

Así, nuestro ordenamiento jurídico-penal responde al principio de legalidad – en su clásica formulación *nullum crimen, nulla poena sine previa lege scripta, strcita et certa*¹⁷⁸ –, tal y como proclaman los arts. 25.1 de la Constitución y 1, 2, 4 y 10 del Código penal. El derecho a la legalidad penal comprende una doble garantía: por una parte, de carácter formal, vinculado a la necesidad de una ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado en los bienes jurídicos de los ciudadanos, que exige el

¹⁷⁵ Vid. art. 259 LECrim.: “El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de Instrucción, de Paz, Comarcal o Municipal o Funcionario Fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas.”

¹⁷⁶ Vid. GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*, op. cit., págs. 254 y ss., para quien el principio de legalidad se encuentra vinculado con el de oficialidad en la medida en que en aplicación del art. 105 LECrim., le corresponde al Ministerio Fiscal ejercitar la acción penal, no pudiéndosele imponer a los ciudadanos ningún tipo de carga adicional más allá de la obligación de denuncia del delito.

¹⁷⁷ IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. L. *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, op. cit., pág. 95.

¹⁷⁸ Vid. HUERTA TOLCIDO, S. *El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal (Art. 7 CEDH y art. 4 P/)*, op. cit., pág. 513, quien destaca especialmente esta expresión por reunir plásticamente todos los elementos de dicho principio: “1) la exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*); 2) la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables (*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*); 3) la exigencia de tipicidad y consiguiente prohibición de la analogía y de la aplicación extensiva *in malam partem* (*nullum crimen, nulla poena sine previa lege scripta et strcita*); y 4) el mandato de taxatividad en la descripción de los tipos penales (*nullum crimen, nulla poena sine previa lege scripta, strcita et certa*).”

rango necesario para las normas tipificadoras de las conductas punibles y de previsión de las correspondientes sanciones, que en el ámbito penal estricto, debe entenderse como de reserva absoluta de ley, y, en relación a las penas privativas de libertad, de ley orgánica; y, por otra parte, referida a la prohibición que comporta la necesidad de la predeterminación normativa de las conductas y sus penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción en la descripción que incorpora¹⁷⁹. En su vertiente procesal, este principio está en los arts. 1, 100, 105 y 271 de la LECrim., entre otros, así como también en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966, y en el art. 5 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales – *nullum crimen, nulla poena sine iudicio*, siendo el *processus iudicii*, la única voz posible del Derecho penal –.

(2).- Dicho principio de constitucionalidad de la legalidad se concreta en la consagración del deber de la persecución del delito. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho privado, en el sistema penal no rigen normas dispositivas que reconozcan la autonomía de la voluntad y de los derechos subjetivos del particular. No existe por tanto ningún principio dispositivo conforme al cual el proceso queda a expensas de la petición del particular, a través de la solicitud de una tutela concreta. Mientras en el Derecho privado el objeto del proceso se sintetiza en la pretensión del demandante, en el Derecho penal el Juez únicamente está vinculado a los hechos. Dicho objeto penal es por tanto indisponible, al menos en teoría y salvo lo dispuesto en los delitos sometidos a condiciones de perseguibilidad.

(3).- Tradicionalmente, los fundamentos del principio de legalidad ofrecidos por la doctrina a lo largo de los años han sido muy variados, si bien con evidentes vínculos en común. Según la *teoría del deber penal*, el mismo radica en la exigencia para el pleno desarrollo y efectividad del Derecho material, ejercido por el poder punitivo del Estado en tanto garante del mantenimiento del Estado de Derecho y restablecimiento de la justicia en cada caso. Conforme a la teoría de los *bienes jurídicos protegidos*, la

¹⁷⁹ STS 784/2008, 14 de noviembre. Vid también SSTC 13/1987, de 21 de julio o 117/1990, de 5 de julio. Vid. HUERTA TOLCIDO, S. *El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal* (Art. 7 CEDH y art. 4 P/), op. cit., pág. 513, que distingue entre dos finalidades fundamentales del principio de legalidad: prevención especial y prevención general. De un lado, al representar un límite al poder punitivo al facultarle a sancionar únicamente conductas tipificadas como delito; de otro, al establecer el catálogo de conductas socialmente nocivas y, por ende, merecedoras de reproche penal.

legalidad asegura la aplicación del Derecho penal y, de este modo, la protección de los bienes jurídicos (superiores) tipificados por el legislador. Atendiendo a la función de la pena y a la *teoría de la pena*, especialmente en su vertiente *absoluta*, sostiene KANT que todas las transgresiones de las normas penales deben ser perseguidas en interés de alcanzar la “justicia absoluta”, razón por la cual la pena se impone al hombre por la sencilla razón de haber delinquido, que no como medio para alcanzar otro bien; de tal modo que, atendiendo también al pensamiento de HEGEL, la aplicación de la justicia es una necesidad en sí misma, siendo obligada la imposición de la pena al autor en orden a restablecer el orden perturbado con el hecho punible¹⁸⁰.

(4).- Ahora bien, la aplicación de principios constitucionalmente reconocidos, tales como los de proporcionalidad o razonabilidad, imponen la ponderación de la intervención estatal con los fines perseguidos. Tales principios, que igualmente forman parte del sistema penal, precisan de la imposición de determinados límites al principio de legalidad, cuya aplicación no puede entenderse absoluta. A los ya citados cabría añadir otros tantos derechos individuales de la víctima, empezando por la propia dignidad personal, que en ocasiones puede aconsejar, bajo determinados presupuestos, la admisión de excepciones en la aplicación de una legalidad absoluta del Derecho penal¹⁸¹. De tal modo que, el hecho de que principio de legalidad encuentre su más estricta y lógica fundamentación desde las denominadas teorías absolutas de la pena, no implica necesariamente la inadmisión de excepciones, ni tan siquiera desde los postulados más estrictos¹⁸².

¹⁸⁰ Sobre el principio de legalidad y sus pretendidos fundamentos, vid. PERDOMO TORRES, J. F. *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el derecho procesal colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005, pág. 26 y ss. donde el autor hace un repaso verdaderamente clarificador de la evolución de la fundamentación del principio de legalidad ofrecida por la doctrina alemana.

¹⁸¹ Sobre la legitimación de los principios de oportunidad y legitimidad, y sus limitaciones, vid. PERDOMO TORRES, J. F. *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el derecho procesal colombiano*, op. cit. pág. 54 y ss.

¹⁸² Vid. PERDOMO TORRES, J. F. *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el derecho procesal colombiano*, op. cit. pág. 109 y ss, que justifica tales excepciones desde la teoría de la prevención general positiva, partiendo de los fundamentos filosóficos de KANT y HEGEL: “La orientación de la teoría a futuro, su fin, el mantenimiento de la fidelidad al derecho en la generalidad cuya necesidad depende del grado de daño social causado con el hecho, del estado de aseguramiento cognitivo de la vigencia del derecho, fundamenta perfectamente la posibilidad de excepciones, la aplicación de reglas de oportunidad, pues cuando no haya lesión de los derechos de los demás, en especial del principio de igualdad y, entonces, cuando no haya peligro alguno para la estabilidad del ordenamiento, la pena no tendrá que cumplir más su finalidad (...)”. Así, la no persecución de la pena estará estrechamente vinculada a la repercusión social del delito y, por ende, a la necesidad de la imposición de la pena, siempre conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

§ IV. 4. 2. - Inevitable racionalización de la justicia como vía de resolución de conflictos. Modulaciones del principio de legalidad

(1).- La influencia ejercida por el conjunto de derechos fundamentales contemplados en nuestra Constitución, tanto sobre los principios inspiradores de nuestro Derecho penal, como en el conjunto de garantías que afectan al procedimiento criminal, es incuestionable. Tal circunstancia determina la reconversión de un sistema esencialmente represivo como el penal, concebido únicamente como medio de persecución y castigo de ilícitos penales, hacia un modelo de corte mucho más garantista y protector de los distintos intereses en juego. Nos referimos al interés social en la persecución y sanción de los delitos contemplados en el Código penal en orden al restablecimiento del equilibrio y la paz social, pero también al interés de la víctima en la reparación de los perjuicios ocasionados por el delito, e, incluso, al interés del presunto agresor por salir impune en el seno del procedimiento instado contra su persona. Todo ello, en el transcurso de un procedimiento penal con unos plazos razonables y presidido por el respeto de los derechos y garantías reconocidos a todas las partes, como lo son el principio de igualdad, el derecho de defensa o la conclusión del mismo con una resolución fundada en Derecho¹⁸³.

En consonancia con lo anterior, el Derecho penal moderno exige el estudio de aquellas vías que ofrezcan mejores soluciones de política criminal, tanto hacia las víctimas, mediante la consecución de la satisfacción y reparación del daño, como hacia el agresor, mediante la aplicación de castigos proporcionales y la búsqueda de su resocialización. La modernización del sistema penal ha de caracterizarse precisamente por conseguir la eficaz tutela de los derechos de los justiciables, implantando modelos de enjuiciamiento que garanticen debidamente el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, contemplado en el art. 24 CE¹⁸⁴. Es aquí donde reside la necesidad de una continua búsqueda de instituciones, tanto en nuestro ordenamiento como en otros países de nuestro entorno, que se adecúen mejor a tal fin.

¹⁸³ LANZAROTE MARTÍNEZ, P. A. *La autonomía del Ministerio Fiscal, de lege ferenda: el fiscal y la reforma del proceso penal*, en *Aspectos fundamentales del derecho procesal penal*, La Ley, Madrid, 2010.

¹⁸⁴ CHOCLAN MONTALVO, J. A. *La intervención facultativa del Ministerio Fiscal en el juicio de faltas semipúblicas*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 150, mayo 1994.

Por otro lado, en la misma línea ya anticipada al tratar el principio de fragmentariedad, los continuos cambios que experimenta nuestra sociedad, obligan a revisar periódicamente la idoneidad de postulados y soluciones que, con el paso del tiempo, pueden no ser eficientes en el ofrecimiento de respuestas adecuadas a las exigencias vigentes. En efecto, los principios que conforman el ordenamiento penal – sustantivo y procesal – no pueden ser considerados óbices para, sin merma de las garantías jurídicas, poder adaptar la aplicación de las leyes a la realidad social del momento. Frente a concepciones pretéritas del Derecho penal basadas en la utilización de mecanismos meramente opresivos, es necesaria la aplicación de nuevos principios tendentes a evitar en la medida de lo posible, tanto la imposición de penas abusivas o innecesarias, como tener en consideración circunstancias adyacentes como lo son el carácter estigmatizador del propio proceso penal hacia todas las partes (agresor y víctima), como veremos más adelante.

De tal modo que, si el fundamento del Derecho penal no puede restringirse por meros criterios de legalidad conforme a los cuales toda infracción ha de ir sucedida por una sanción, sino fundarse en la consecución de principios y razones sociales, es imprescindible el sometimiento de dichos principios a continuas revisiones. En ocasiones, atenuándolos o flexibilizándolos al objeto de poder abordar el fenómeno criminológico desde todos los puntos de vista posibles.

(2).- A todo lo anterior, cabría añadir además el inobjetable desbordamiento que tradicionalmente viene sufriendo la Administración de Justicia para despachar con eficacia todos los asuntos recibidos. No ya por los limitados recursos de que dispone, sino también por la tendencia inflacionista del Derecho penal, que en ocasiones puede llegar al límite, incluso, de incorporar o endurecer tipos penales con fines puramente oportunistas o electoralistas.

No podemos obviar la imposibilidad de perseguir todos los delitos por igual y con la misma intensidad. En función de la entidad o gravedad del delito ante el que nos encontremos, existe cierto criterio de selección por parte de los representantes del *ius puniendi* que llevará a poner un mayor o menor interés y recursos en el esclarecimiento de los hechos e identificación de la autoría. Este motivo es el que permite, por poner solo un ejemplo, que, cuando hablamos de delitos económicos, en la práctica suceda con

frecuencia que el Fiscal o el Juez no se opongan al sobreseimiento de las actuaciones, pese a la existencia de indicios racionales, si la víctima renuncia a la acción penal tras haber sido resarcida tras la interposición de la querella; o la razón por la cual, en el transcurso de la negociación de una sentencia de conformidad, el fiscal acceda a condenar únicamente a alguno de los acusados/imputados. Y es que, pese a no estar expresamente regulado, el principio de oportunidad es aplicado a diario antes nuestros Tribunales¹⁸⁵.

Si el Derecho penal pretende cimentarse sobre determinados objetivos político-criminales, está obligado a aspirar que éstos cristalicen en la realidad social. Constituye un contrasentido la construcción de un poder punitivo que ignore esta práctica, así como pretender obviar esa necesaria selección a la que se ven encargados los Jueces y Tribunales ante la imposibilidad práctica de perseguir todos los hechos punibles. Resulta ilusorio pretender que, por mínima que sea la infracción, o por inconveniente que parezca su persecución, la aplicación penal sea siempre necesaria y obligatoria; antes al contrario, resulta obligado aceptar que es, no ya posible, sino inevitable, la elusión de la persecución penal mediante la aplicación de criterios utilitarios u oportunistas tales como la conveniencia práctica, económica o temporal¹⁸⁶. Es aquí donde reside la facultad del Estado de renunciar o desistir de la persecución de ciertos hechos tipificados como infracciones penales. Pese a las críticas que puedan hacerse al principio de oportunidad, ya sea desde el punto de vista de la seguridad jurídica, o incluso desde el punto de vista de la dogmática penal, lo cierto es que éste resulta ya inobjetable.

(3).- La perseguibilidad privada o la eficacia del perdón del ofendido responden a razones muy parecidas. En la medida en que por lo general se trata de un delito de

¹⁸⁵ Vid. FERNÁNDEZ APARICIO, J. M. *Ministerio Fiscal entre legalidad y oportunidad*, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 11/2004, Aranzadi, que pone de manifiesto como éste es aplicado en la *praxis* diaria a fin de evitar el colapso de la Administración de Justicia. También para adaptar la aplicación del Derecho penal a las realidades sociales, como sucede con la eliminación del los delitos bagatela desde la introducción de la Ley del Jurado.

¹⁸⁶ Vid. LIBANO BERISTAIN, A. *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, op. cit., pág. 79, para quien el potenciamiento del principio de oportunidad es considerado uno de los mecanismos existentes para poner fin a la crisis de justicia actual. A dicho remedio cabría añadir otros tantos propuestos por la doctrina como (a) la necesidad de dotar y ampliar los recursos materiales y personales del Poder Judicial; (b) la descriminalización de determinadas conductas poco lesivas; (c) la introducción de un procedimiento monitorio en el ámbito penal; (d) el enmiendo de la dirección de la instrucción al Ministerio Público; o (e), incluso, la transformación en infracciones semipúblicas de ciertos tipos penales perseguibles de oficio.

menor entidad, el legislador admite la no persecución si la víctima no muestra un interés expreso. De este modo, se consigue racionalizar en cierta medida la justicia penal como medio de resolución de conflictos; dado que no es posible perseguir y sancionar todos los delitos cometidos en la sociedad, en aras a dotar a la justicia de una mayor eficacia se consiente que, ante determinadas circunstancias, algunos de ellos terminen sin condena expresa. Y lo mismo sucede con el resto de exenciones y exclusiones de la punibilidad ya examinadas *supra*.

Sentado lo anterior, la cuestión que debemos plantearnos, reside precisamente en si, partiendo de la base de la inevitable selección natural ínsita en nuestro sistema penal, así como de la distinta intensidad que todas las partes – Jueces, Fiscales, acusación popular – ponen en las causas en función de su gravedad o los intereses en juego, existe alguna vía de racionalizar o, mejor dicho, establecer pautas, al objeto de que dicha racionalización no se haga de forma arbitraria. El objetivo es claro: dotar de una mayor eficacia al principio de economía procesal, acortar el costoso y extenso proceso penal, aseguramiento de la reparación del daño por parte de la víctima, etc.; todo ello, en orden a solucionar los problemas que tradicionalmente vienen afectando al sistema de justicia penal español, empezando por la descongestión del atasco que viene sufriendo desde hace décadas¹⁸⁷ y, obviamente, los perjuicios que en función de las circunstancias personales de cada caso concreto, podría suponer la imposición de una pena excesivamente severa – *summa ius, summa inuria* –¹⁸⁸.

§ IV. 4. 3. - Oportunidad discrecional en el Derecho norteamericano

(1).- En la actualidad, la difusión del principio de oportunidad en nuestro Derecho, nacional o comparado, es indiscutible. Si bien en España tradicionalmente la doctrina ha

¹⁸⁷ Según la memoria 2012, Aprobada por el Pleno del CGPJ el 23 de julio de 2012, y aun cuando supusieron una reducción del 1,5% respecto al año anterior, la jurisdicción penal ingresó un total de 6.542.545 asuntos.

¹⁸⁸ Vid. BELING, E. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 25: “(...) aceptándose el principio de investigación oficial combinada con el de acusación formal, se plantea la cuestión de si la autoridad encargada de la acusación puede o pudiera quedar facultada para omitir la persecución por no considerarla oportuna o conveniente, por ejemplo, por razón de nimiedad de la infracción (*minima non cura paretor*) o por temor a costos procesales considerables. El principio de legalidad niega tal facultad a la autoridad encargada de la acusación, mientras que, por el contrario, el principio de oportunidad se la concede.”

llegado a discutir su pertinencia, a la vista de los aparentes obstáculos constitucionales existentes¹⁸⁹, lo cierto es que dicho principio poco a poco se ha ido asentando mediante figuras tales como la conformidad.

La aplicación del principio de oportunidad encuentra su mayor reconocimiento en el sistema penal norteamericano, que aun cuando no llega a aplicar el mismo de forma libre – *oportunidad absoluta* – en el sentido de otorgar plena disponibilidad sobre cuándo ejercer el poder represivo del *ius puniendi* y de qué manera, sí concede al Fiscal el monopolio de la acción penal¹⁹⁰, así como una amplísima capacidad de disposición hasta el punto de no tener obligación de acomodarse a los presupuestos exigidos legalmente¹⁹¹. Así, el Ministerio Público está facultado a negociar – *plea bargaining* – la finalización anticipada del procedimiento, aunque ello implique la condena por delito distinto y de menor entidad, del cual se declarará culpable el presunto agresor.

La discrecionalidad del Fiscal es casi absoluta, basada en las necesidades de cada localidad y con una escasa dependencia del Fiscal General. Es por ello por lo que en la práctica es posible encontrar enormes diferencias entre las políticas aplicadas en distintos distritos. Si bien existe un *United States Attorney Manual*, cuyo Título 9 establece pautas globales de persecución a aplicar por todos los fiscales, lo cierto es que éstas son tan genéricas e imprecisas que posibilitan que un mismo supuesto pueda ser objeto de distinto tratamiento. En cualquier caso éste reconoce plena autoridad y libertad al Fiscal. Así, y estrechamente relacionado con la perseguibilidad discrecional que aquí nos ocupa, éste goza de un amplio poder de decisión para el ejercicio de la acción penal, pudiendo incluso desistir, entre otras, cuando no se vislumbre ningún beneficio sustancial para el Estado Federal, en función de circunstancias tales como las prioridades de política criminal, la naturaleza y gravedad del delito; las posibilidades de

¹⁸⁹ Vid. GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos del derecho procesal*, Cívitas, Madrid, 1981, pág. 194 y ss. quien tras analizar los posibles obstáculos procesales y orgánicos, concluyó que, pese al obligado respeto de determinadas garantías, dicho principio era, no ya posible, sino necesario, para agilizar la justicia penal.

¹⁹⁰ Vid. FERNÁNDEZ APARICIO, J. M. *Ministerio Fiscal entre legalidad y oportunidad*, op. cit. En el sistema procesal norteamericano y el papel peculiar que desempeña el fiscal, su legitimidad democrática directa constituye una singularidad en relación con el modelo continental, razón por la cual, salvo contadas excepciones, son elegidos por sufragio libre.

¹⁹¹ Vid. FERNÁNDEZ APARICIO, J. M. *Ministerio Fiscal entre legalidad y oportunidad*, op. cit., quien cita como ejemplo la sentencia *Commonwealth vs. Wheeler* dictada por el Tribunal Supremo de Massachusetts en 1806 (52 Mass. App. Ct. 631), que declaraba que no es jurídicamente posible ordenar al Fiscal el ejercicio de la acción penal.

éxito cobran también un papel fundamental, ya que, conforme a la norma 9-27.220: “(e)l Fiscal debería iniciar o recomendar el enjuiciamiento federal si cree que la conducta de la persona constituye un delito federal y que las pruebas admisibles, probablemente serán suficientes para obtener y sostener una condena, a menos que, a su juicio: (...) Exista una alternativa no penal adecuada a enjuiciamiento.”; añadiendo además que “tanto como una cuestión de justicia material y en el interés de la Administración de Justicia, no se debe iniciar el enjuiciamiento en contra de cualquier persona a menos que el (Fiscal) crea que la persona probablemente será declarada culpable por un evaluador imparcial de los hechos. A este respecto, cabe señalar que, al momento de decidir si se debe procesar, el Fiscal no necesita tener a mano toda la evidencia sobre la que él/ella tenga la intención de confiar en el juicio: es suficiente que él/ella tenga una creencia razonable de que dichos títulos estarán disponibles y admisibles en el momento del juicio.”¹⁹² En la medida en que la acusación va a descansar en el Ministerio Público, que deberá llevar todo el peso de la investigación, presentación y prueba del caso, éste deberá ponderar dichas posibilidades de éxito en orden a no desperdiciar recursos irremediabilmente limitados¹⁹³.

De este modo, el principio de oportunidad está presente en todo momento en cuanto a la facultad del Fiscal de decidir sobre la conveniencia de perseguir el delito, especialmente en lo que respecta a su facultad para rechazar la persecución de determinados delitos. Así, según reza la norma 9-27.230: “Para determinar si la acusación debe ser rechazada porque no hay interés federal sustancial, el Fiscal debe sopesar todas las consideraciones pertinentes, entre ellas: Prioridades federales de aplicación de la ley; / La naturaleza y la gravedad del delito; / El efecto disuasorio de la acción penal; / La culpabilidad de la persona en relación con el delito; / La historia de la persona con respecto a la actividad criminal; / La voluntad de la persona a cooperar en la investigación o el enjuiciamiento de los demás; y / La sentencia probable u otras consecuencias si la persona es condenada.” Salta a la vista por tanto la absoluta autonomía con que cuenta aquél a la hora de decidir sobre la conveniencia de perseguir y sancionar los delitos.

¹⁹² El antedicho manual puede consultarse en internet a través de la página web del Ministerio de Justicia: http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/ (consultado el 30 de julio de 2013).

¹⁹³ BOVINO, A. *Justicia penal y derechos humanos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005.

(2).- El Fiscal goza por tanto de una libertad desconocida en sistemas como el nuestro a la hora de iniciar la persecución penal, dada la desvinculación con los principios de legalidad y oficialidad. Una vez que éste verifica según su propio criterio la existencia de una causa probable – *probable cause* – para perseguir un delito, tiene plena autonomía para decidir si da inicio a la causa, o si negocia, o si garantiza la inmunidad del presunto agresor. También tiene libertad para decir si formula cargos o de qué tipo. Posteriormente, los Tribunales ejercen una mera labor de control respecto de este tipo de decisiones.

Es fácil deducir los motivos que justifican dicho peculiar sistema de perseguibilidad criminal, que va más allá de la aplicación del principio de división de poderes que pueda presidir cualquier tipo de régimen democrático, debiendo destacarse entre todos ellos la dotación de una mayor flexibilidad y dinamismo al propio sistema penal, en orden a evitar inflacionismos inasumibles. Ahora bien, la discusión a dilucidar a la vista de tal pretensión, será si ante una criminalidad creciente es más eficiente una mayor discrecionalidad o la asignación de un número mayor de recursos.

(3).- La facultad de negociación del Fiscal es, por lo demás, consecuencia de dos motivos fundamentales: de un lado, un entendimiento del principio de legalidad excesivamente laxo, de otro, la herencia histórica de un sistema de enjuiciamiento desarrollado durante la vigencia de un régimen perseguibilidad privada con mayor arraigo que el propio de nuestro sistema continental¹⁹⁴. Existen desde esta perspectiva, dos tipos de *plea bargaining*: un primer supuesto, que pasará inexorablemente por el reconocimiento de los hechos y la asunción de la responsabilidad penal por parte del agresor, estando el Fiscal facultado para formular una recomendación al Juez en orden a imponer una sanción mínima – *sentence bargain* –; y, en segundo lugar, la posibilidad ya apuntada de que el Fiscal acuse por un hecho distinto, menos grave, que el reconocido por el autor, y que visto el amplio poder ejercido por aquél, deberá ser

¹⁹⁴ Vid. BOVINO, A. *Justicia penal y derechos humanos*, op. cit. Mientras que la persecución pública en la Europa continental comienza a asentarse con mayor claridad a partir del S XIII, la persecución oficial en Inglaterra no empieza desarrollarse hasta el S XVI, siendo la perseguibilidad privada una de las principales características de la justicia penal hasta finales del S XIX. De este modo, el *common law*, reconocía el derecho de cualquier individuo a cualquier a iniciar y disponer personalmente de la acción penal; todo ello, a fin de que la víctima pudiera ejercer cierta labor de control respecto de actuaciones o decisiones arbitrarias del poder político. En el caso estadounidense, influenciados por este mismo pensamiento llegó también hasta finales del S XVII o principios del XVIII; ahora bien, la perseguibilidad pública no supuso la adopción de ningún sistema penal nuevo, como sí sucedería en nuestro caso.

asumida igualmente por el Juez. En ambos casos, la admisión de la culpabilidad respecto del delito en cuestión implicará la renuncia a la celebración del juicio y la imposición de la condena acordada. En tal caso, el Juez, en la celebración de la vista, se limitará a preguntar el reconocimiento sobre la acusación formulada por el Fiscal – *guilty / not guilty* – sin mayor explicación o reconocimiento de los hechos. Más que ante una confesión y reconocimiento del hecho y su autoría, nos encontramos la asunción de la responsabilidad penal.

Los argumentos a favor y en contra de este sistema son múltiples. De un lado, el *plea bargaining* permite resolver de forma rápida y eficaz aquellos asuntos en los que la prueba de cargo es clara, facilitando así la posibilidad de una condena menos severa que facilite una rápida rehabilitación del delincuente y una completa reparación y satisfacción de la víctima; adicionalmente, la agilización de este tipo de procedimientos facilita la disposición de un mayor número de recursos para aquellos otros de mayor complejidad y controversia en los que resulta necesario llevar a cabo una investigación más profunda y dilatada por parte de la Policía y la Fiscalía¹⁹⁵. Los partidarios del *plea bargaining* suelen acudir con frecuencia además a la denominada teoría del *shadow of trial*, derivada a su vez de las negociaciones propias de los procedimientos civiles, conforme a la cual la efectividad del modelo reflejaría en gran medida los resultados que se habrían producido después de un proceso judicial con todas las garantías, una vez descontadas las incertidumbres y los costos del mismo. Así, dicho método sería eficiente en la medida en que lograría los mismos resultados globales que los juicios pero con menos recursos. Es por ello, por lo que sus partidarios vienen a reconocer que los acuerdos con la fiscalía no son sistemáticamente injustos hacia los acusados, sino que sólo reflejan los resultados descontados de un proceso de prueba que aceptamos como legítimos¹⁹⁶.

¹⁹⁵ HOWE, S. W. *The value of plea bargaining*, Oklahoma Law Review, Vol. 58, 2005. Vid. también SCHÜNEMANN, B. *¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*, en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 289 y ss., para quien la “obsesión” por la eficiencia por parte del sistema penal angloamericano ha ejercido una clara influencia hacia el resto de países, hasta el punto de modificar algunos de los modelos de nuestra Europa continental.

¹⁹⁶ MNOOKIN R. H. / KORNHAUSER L., *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, Yale Law Journal, Vol. 88, Nº 5, abril de 1979, pág. 950 y ss. Más recientemente, vid. HOWE, S. W. *The value of plea bargaining*, op. cit., quien vistas las crecientes críticas ofrecidas por ciertos sectores doctrinales frente a la denominada *shadow of the trial*, y aun cuando efectivamente dicha tarea pueda plantear problemas de difícil solución teórica – como los problemas que plantea el descuento exacto de la penal – sigue defendido el sistema mediante argumentos tales como el interés social y la utilidad para

Por el contrario, en la medida en que en la actualidad el número de sentencias por conformidad supera el 90%, parece claro que la víctima parte de una posición de inferioridad al inicio de la negociación con el Ministerio Fiscal¹⁹⁷, dada la presión que puede llegar a ejercer ante la amenaza de la imposición de una pena mayor en el transcurso de un proceso largo y costoso; de tal modo que, pese a no existir elementos probatorios suficientes, el acusado podría verse empujado a aceptar una sentencia condenatoria simplemente por no asumir el riesgo de imposición de una condena aún mayor. Así es, las críticas doctrinales a este sistema vienen siendo constantes desde hace décadas¹⁹⁸, fundamentalmente, por la dureza con la que frecuentemente son tratados los presuntos responsables de la comisión del delito y la severidad de las penas sobre las que suelen pivotar este tipo de negociaciones. Así, frente a las razones de política criminal y penológica esgrimidos por los partidarios de este método, son cada vez más las posturas que vienen a cuestionar su eficacia, incluso desde el punto de vista de su idoneidad para la resocialización del delincuente. De tal modo que, frente a esa supuesta mayor eficiencia en orden a lograr un mayor número de condenas por delitos mediante un uso eficiente de recursos y en el menor tiempo posible, en la actualidad el debate tiende a centrarse en los obstáculos que distorsionan la negociación, tales como los problemas estructurales que rodean todo proceso de imputación de los hechos presuntamente delictivos, los déficits de información hacia el agresor, costos del proceso, la mala práctica de la abogacía – que puede llegar a abusar de las

perseguir y sancionar la criminalidad en EE.UU., en la medida en que la negociación permite maximizar el castigo merecido a unos costos razonables.

¹⁹⁷ Las estadísticas en cuanto a las sentencias negociadas con la Fiscalía son muy numerosas. Vid. *ad exemplum*, LYNCH T. *The case against plea bargaining*, Regulation Fall, 2003, pág. 24 y ss., disponible desde Internet en: <http://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2003/10/v26n3-7.pdf> (consultado el 23 de julio de 2013), quien denuncia los problemas de inconstitucionalidad de un sistema en el que cada dos segundos de una jornada de trabajo, una causa criminal es despachada mediante la declaración de *guilty* o *not guilty* propia del *plea bargaining*. En cuanto a quienes denuncian la perversidad de este sistema, vid. también ROBERTS J. *Ignorance Is Effectively Bliss: Collateral Consequences, Silence, and Misinformation in the Guilty-Plea Process*, Iowa Law Review, 2009, pág. 119 y ss., quien advierte sobre los problemas éticos, prácticos y doctrinales del sistema, así como de los daños colaterales y los problemas de reinserción que suponen el alto número de condenas obtenidas a través del *plea bargaining*.

¹⁹⁸ Las críticas hacia el sistema son verdaderamente cuantiosas, pudiendo destacarse, v. gr., SCHULHOFER, S. J., *Plea Bargaining as Disaster*, Yale Law Journal, n° 101, 1992, pág. 1979 y ss., para quien la instauración de un sistema de negociación generalizada en los procedimientos penales afecta gravemente el interés público propio del Derecho penal en perseguir y sancionar la delincuencia, dadas las dificultades en separar “los culpables de los inocentes”. Sobre la evolución de dicho sistema, y cómo ha ido ganando terreno de forma paulatina al juicio oral presidido por el jurado, vid. también MCCONVILLE M. / MIRSKY C. L., *Jury trials and plea bargaining: a true history (chronicling the american criminal justice system's transition from one of primarily jury trials to one of primarily plea bargaining)*, MPG Books, Bodmin, Cornwall, 2005.

conformidades para evitar el trámite del juicio –, nulos incentivos de la Fiscalía para optar por la celebración del juicio oral, los efectos perjudiciales que puede suponer la adopción de medidas cautelares severas como la prisión provisional durante la negociación, la amenaza sentencias excesivamente duras, o la incapacidad del propio acusado para valorar de forma objetiva las consecuencias reales de la asunción de la condena y/o el sometimiento al juicio¹⁹⁹. En cualquier caso, lo cierto es que los detractores del sistema, más que ante su completa derogación, optan por el desarrollo de determinadas reformas al objeto de reforzar las garantías y derechos del condenado.

(4).- Sentado lo anterior, y aun cuando evidentemente conforme a este sistema, el nivel de control del proceso por las partes – acusación y defensa – resulta mucho más amplio que en España, especialmente teniendo en cuenta que resulta aplicable respecto de cualquier delito de naturaleza pública, no es posible hablar de una disposición absoluta. Dado que la potestad resolutoria última sigue otorgada al órgano judicial y *supra-partes*, la autonomía de aquéllos no puede entenderse como plena. Precisamente como consecuencia de la naturaleza pública de la ofensa, el Juez o Tribunal tendrá la facultad, v. gr., de impedir que determinados hechos puedan entrar en el debate procesal²⁰⁰. Es por ello por lo que, si bien el *plea bargaining*, concede una autonomía inobjetable a las partes, las facultades de negociación encuentran su imitación en el control último que hará el Juez respecto del acuerdo alcanzado²⁰¹.

¹⁹⁹ Vid. BIBAS, S. *Plea bargaining outside the shadow of trial*, Harvard Law Review, Vol. 117, N° 8, junio de 2004, pág. 2.463 y ss., que tras la ponderación de argumentos como los expuestos, advierte sobre los peligros que puede suponer la aplicación de principios, teorías y métodos de negociación – a los que ya nos hemos referido como *shadow of trial* – más propios de procedimientos civiles que penales. Las graves consecuencias que implica un procedimiento penal, que conllevan medidas tan severas como la imposición de penas de prisión, exigen un mayor control respecto de la práctica de cualquier tipo de negociación, empezando por una valoración mucho más cuidada de todo el acervo probatorio y de los elementos a favor y en contra que pudieran ser utilizados en un eventual juicio antes de optar por la asunción de ningún tipo de condena. A diferencia de lo que sucede en los procedimientos civiles, donde los intereses de las dos partes litigantes suelen ser de carácter económico y perfectamente defendidos por las representaciones procesales, en los penales nos encontramos con particularidades como la intervención de fiscales y abogados de oficio que carecen de incentivos suficientes para defender sus pretensiones en el seno del juicio oral, razón por la cual podrían optar por la solución más rápida, aun a costa del evidente perjuicio que ello pudiera suponer para la propia víctima.

²⁰⁰ THIBAUT J. / WALKER, L. *A Theory of Procedure*, California Law Review, vol. 66, 1978, pág. 547. El control pleno únicamente será posible cuando las partes tienen plena disposición sobre (a) la posibilidad de poner fin al conflicto, y (b) el control sobre la actividad generada durante el proceso. Únicamente podrá afirmarse que las partes tienen plena autonomía cuando pueden decidir libremente sobre cuestiones tales como el objeto del proceso, la información (prueba) a tratar en el mismo, y las decisiones a adoptar. Desde el mismo instante en que aparecen terceros (Jueces) con capacidad para decidir sobre algunos de esos aspectos, el control comienza a alejarse de los litigantes.

²⁰¹ En efecto, aun cuando el proceso de negociación será llevado siempre a cabo sin la injerencia del juez, éste deberá verificar con posterioridad que es ajustado a la legalidad, así como que, v. gr., fue aceptado

Así, las normas 9-16.000 y concordantes, y especialmente la *Federal Rule of Criminal Procedure 11*, establecen que cualquier tipo de declaración de *culpabilidad / no culpabilidad* habrá de contar con el consentimiento del Tribunal – *nolo contendere* –. La declaración de culpabilidad, de este modo, únicamente tendrá efectos tras la aquiescencia de éste conforme a la sentencia *United States v. Norris*, 281 U.S. 619 (1930). Así, la antedicha Regla establece que, antes de aceptar una declaración de culpabilidad, el Tribunal tiene obligación de confirmar que el acusado es plenamente consciente de los términos acordados con el fiscal, conforme a presupuestos como los siguientes (entre otros): (1) la naturaleza de la declaración de culpabilidad, las penas mínimas y máximas legalmente previstas a los delitos imputados, incluyendo el efecto de cualquier término especial de libertad condicional o libertad vigilada, el hecho de que el Tribunal está obligado a considerar las guías de sentencia aplicables, y que éste también puede ordenar la restitución a una víctima de la infracción; (2) si el acusado no está representado por un abogado, su derecho de ser representado en todas las etapas del procedimiento; (3) su derecho a no declararse culpable, a ser juzgado por un jurado con asistencia letrada, a confrontar e interrogar a los testigos que declaren en su contra, y a no ser obligado a declarar contra sí mismo; así como que, (4) si su declaración de culpabilidad no es aceptada por el tribunal no habrá un ensayo adicional de ningún tipo, por lo que al declararse culpable renuncia el derecho a un juicio.

Así las cosas, la Regla Federal de Procedimiento Penal 11, exige como presupuesto de la aceptación de la declaración de culpabilidad, la verificación por parte del Tribunal, en audiencia pública, de que ésta es voluntaria y no el resultado de la fuerza o de amenazas o de promesas aparte de un acuerdo entre las partes, así como que la misma tiene un fundamento fáctico real²⁰².

(5).- Las negociaciones penales no son en modo alguno una práctica admitida únicamente en el sistema estadounidense. En España, nuestras leyes igualmente admiten esta vía como alternativa a la finalización anticipada al proceso, pudiendo destacarse el

libremente por el acusado. Vid. al respecto ALSCHULER, A. W. *The Trial Judge's role in Plea Bargaining*, Columbia Law Review, vol. 7, 1976, pág. 1059.

²⁰² En efecto, el *plea bargaining*, no exime al Fiscal en este caso de acreditar eficazmente la existencia de indicios suficientes de delito objeto de negociación. Vid. al respecto, GOLDSTEIN, A. *Converging Criminal Justice Systems: Guilty Pleas and the Public Interest*, SMU Law Review, vol. 49, 1995/1996 pág. 571 y ss.

art. 655 LECrim., que faculta a los acusados a conformarse con las penas solicitadas por las acusaciones, así como también los arts. 779 y 787 previstos para el procedimiento abreviado. No obstante, si queremos vincular el principio de oportunidad a la conformidad, el supuesto más patente, sin duda, es el previsto en el art. 801, que otorga una rebaja de un tercio de la pena a quien se conforme con la sanción solicitada por la acusación. Todo ello, con los límites legalmente establecidos similares los antes referidos para el *plea bargaining*, conforme a los cuales un Juez o Tribunal podrá rechazar el acuerdo por no ajustarse a la legalidad *ex* arts. 655.3, 699, 787.1 ó 787.3 LECrim.

No obstante lo expuesto, y con independencia de las críticas que puedan hacerse respecto de la aplicación del principio de oportunidad en el sistema estadounidense, lo cierto es que éste no es en modo alguno trasladable a nuestro país en su formulación actual²⁰³, al chocar frontalmente con el principio de legalidad, ya apuntado *supra*, *ex* art. 9.3 CE. Por este motivo, si bien no es posible la negación absoluta de dicho principio, su aplicación exige el respeto de determinados parámetros, según veremos a continuación.

§ IV. 4. 4. - Límites insoslayables al principio de oportunidad

(1).- Frente al citado principio de legalidad, el sistema penal encuentra su contrapunto en el denominado el principio de oportunidad, también con claros contenidos sustantivos y procesales, que conlleva la renuncia por el Estado al ejercicio de la acción penal en determinadas circunstancias, o a un ejercicio con un contenido limitado para facilitar la resolución de la controversia y eliminar la proliferación de procesos penales. Mientras el principio de legalidad *obliga* al ejercicio de la acusación, el principio de oportunidad *faculta* o *matiza* dicho ejercicio. No estamos hablando de dos principios alternativos o excluyentes, sino coexistentes dentro del sistema penal²⁰⁴.

²⁰³ FERNÁNDEZ APARICIO, J. M. *Ministerio Fiscal entre legalidad y oportunidad*, op. cit.

²⁰⁴ Vid. LÓPEZ BARJA, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal, Volumen I*, 5ª ed., Thomson Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 208 y ss., 417 y ss.

En efecto, cualquier tipo de discusión doctrinal relativa a su conveniencia o su legalidad ha de entenderse completamente superada. El principio de oportunidad está perfectamente justificado en nuestro ordenamiento y por tal motivo es posible encontrar múltiples manifestaciones en nuestras leyes penales. Expresamente, el principio no aparece recogido como tal – si bien sí sería deseable –, ni en la legislación penal ni en la procesal, pero sí es posible encontrar continuas referencias inspiradas en el mismo. Podrá discutirse la admisibilidad de tal principio en supuestos concretos como el de los requisitos de perseguibilidad que aquí nos ocupan, y es incuestionable la necesidad de poner determinados límites para conjugarlo con otros principios tales como la proporcionalidad o la igualdad. No obstante, en la actualidad es obvio que no es posible negar dicho principio, así como tampoco obviar el beneficio que del mismo puede esperarse en orden a agilizar los procesos y a mejorar la eficacia de la justicia penal.

(2).- El fundamento base del principio de oportunidad lo encontramos, indirectamente, en el propio art. 105 LECrim., que obliga a la Fiscalía a ejercer las acciones legales “que consideren procedentes”. De este modo, y aun cuando dicho precepto es uno de los exponentes del principio de legalidad al obligar al Ministerio Público a perseguir el delito, por otro lado, admitiría interpretaciones adaptadas a la realidad del momento que atenúan el principio de necesidad de la acción²⁰⁵. Como decimos, no es posible sin embargo, encontrar reconocimientos expresos de dicho principio en nuestro Derecho procesal, más allá de manifestaciones que, en cierto modo, se asemejan a dicho principio, en casos como el de la *conformidad* antes referida.

No obstante, y aun cuando el Derecho penal carece de una amplia tradición en lo que a este principio se refiere, cada vez es posible encontrar más referencias expresas en él inspiradas. Por lo general, dicho principio parece vinculado a cierta libertad concedida al Ministerio Fiscal de no ejercer la acción penal, o incluso a interesar el archivo de las actuaciones, siempre bajo determinados presupuestos. En la práctica, las manifestaciones alcanzarían una mayor dimensión, ya que irían, desde esa citada facultad al Fiscal para decidir acerca de la solicitud de la apertura o clausura de un procedimiento penal en determinados casos, a la acusación por determinados delitos, a

²⁰⁵ LANZAROTE MARTÍNEZ, P.A. *La autonomía del Ministerio Fiscal, de lege ferenda: el fiscal y la reforma del proceso penal*, en *Aspectos fundamentales del derecho procesal penal*, op. cit.

la de imposición de sanciones menos graves o, incluso, la exención de la responsabilidad penal, siempre que concurren los requisitos legalmente establecidos.

Los criterios de oportunidad teóricamente aparecen más vinculados al ámbito de la pequeña criminalidad y a atentados de escasa entidad que hacen poco recomendable la aplicación del Derecho penal con toda su intensidad. Así, el origen de este principio suele situarse a mediados del siglo pasado como consecuencia de una escalada indiscriminada de los delitos menores de índole económica y patrimonial, derivados a su vez de un difícil entorno socioeconómico propiciado tras dos guerras mundiales, al que la administración estatal difícilmente podía hacer frente. Ante la necesidad de evitar el colapso de los juzgados, es cuando la doctrina se embarca en la búsqueda de alternativas en orden a poder dar una respuesta rápida y eficaz a este tipo de delitos, planteando abiertamente la descriminalización de determinados ilícitos o la creación de vías alternativas para solucionar estos conflictos²⁰⁶. Nos encontramos por tanto ante un principio eminentemente pragmático cuya finalidad esencial no es otra que la de limitar el acceso a la Justicia de forma racional para evitar eventuales colapsos o procedimientos excesivamente largos²⁰⁷.

Obviamente, y aun cuando la rápida tramitación de los procedimientos penales sea la última finalidad de este principio, es posible añadir fundamentos o valores superiores enfocados tanto hacia la víctima – su rápida satisfacción –, como hacia el delincuente – disminución de la estigmatización del proceso o incluso la no imposición de penas abusivas o que atenten contra la propia reinserción social –. En cualquier caso, es imprescindible evitar interpretaciones injustificadamente amplias de dicho principio, que conllevarían la transformación de la oportunidad como un auténtico cajón de sastre justificativo de cualquier excepción sustantiva o procesal a la imposición de cualesquiera de las sanciones contempladas en el Código penal. De aquí que desde este preciso momento manifestemos nuestro rechazo a la posibilidad de acudir a este principio para justificar, no ya los requisitos de perseguibilidad objeto de este estudio,

²⁰⁶ Vid. ORTIZ ÚRCULO, J. C. *El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito aplicación y límites*, en *El proceso en el Siglo XXI y soluciones alternativas*, Aranzadi, 2006, págs. 115 y ss.

²⁰⁷ Vid. PERDOMO TORRES, J. F. *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el derecho procesal colombiano*, op. cit., pág. 52 y 53, para quien “la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal se justifica de la mano de las desventajas de una aplicación estricta de la legalidad”, en la medida en que una persecución indistinta de cualquier delito conllevaría inexorablemente a un colapso del sistema.

sino otras tantas instituciones como la suspensión condicional de las penas, la prescripción o el indulto.

Dentro del Derecho sustantivo, sin duda alguna la manifestación más palmaria es, probablemente, la prevista en el art. 191 en relación con el requisito de perseguibilidad de los delitos contra la libertad sexual, que *faculta* – que no obliga – al Ministerio Fiscal a solicitar la incoación de diligencias mediante interposición de querella “ponderando los legítimos intereses en presencia”. Adicionalmente, en nuestro Código penal podemos encontrar otros muchos ejemplos, que van desde supuestos genéricos como el art. 4, a supuestos mucho más concretos como los siguientes: facultad conferida al Fiscal, en el delito de amenazas del art. 171, de abstenerse de acusar de dicho delito cuando la amenaza consista en la revelación de un delito cuya pena de prisión no superase los dos años; la exención de la pena al particular autor de un delito de cohecho cuando denunciare el hecho a la autoridad conforme al art. 427; la imposición de una pena inferior en grado al autor de un delito de injurias y calumnias que reconociere la falsedad de las imputaciones, según establece el art. 214; o exención de la pena de falso testimonio a quien se retracte en tiempo y forma conforme a lo establecido en el art. 462²⁰⁸.

Entre la legislación procesal, también encontramos otros claros ejemplos, como la conformidad para los juicios rápidos prevista en el art. 801.2 que prevé la rebaja de la pena en un tercio; o el previsto en el art. 773.2 LECrim., en la redacción dada por la LO 38/2002, de 24 de octubre, que faculta al Ministerio Público a decretar “(...) el archivo de las actuaciones cuando el hecho revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda retirar la denuncia ante el Juez de Instrucción.”. Otra expresión elocuente de dicho principio es la contemplada en la LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad del Menor, que en sus arts. 18 y 19 faculta al Ministerio Público a “desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en

²⁰⁸ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I*, pág. 417 y ss., quien a estos ejemplos añade otros tantos en relación con los delitos contra la ordenación del territorio, tráfico de drogas, terrorismo, o relativos a la participación del Ministerio Público en determinados casos.

el Código Penal o en las leyes penales especiales²⁰⁹. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado”, así como a “desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe”²¹⁰.

(3).- Según algunas opiniones doctrinales, ello es debido a una tendencia moderna a vincular el proceso penal también al principio de oportunidad, ya sea como excepción o como complemento, conforme al cual el titular de la acción del *ius puniendi* está autorizado, siempre y cuando se cumplan determinados presupuestos, a ejercitarla incoando el procedimiento, o incluso facilitando su sobreseimiento. Como ya hemos dicho, el fundamento de dicho principio lo encontramos, además de en cuestiones prácticas tendentes a aligerar la carga de trabajo de la Administración de Justicia, en razones de índole genérico tales como la utilidad pública o el interés general²¹¹. Así, el principio de oportunidad permite *flexibilidades* que, según el principio de legalidad

²⁰⁹ En general, y sin ánimo de ser exhaustivos, tanto en el Código penal como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal es posible encontrar diversas manifestaciones del principio de oportunidad, además de las ya apuntadas. En los delitos de amenazas, v. gr., el art. 173.3 CP establece que “si el delito descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con la pena de prisión superior a dos años.”. Por su parte, en relación con los juicios rápidos, el art. 801.2 LECrim. es otro claro ejemplo de este principio: “dentro del ámbito definido en el apartado anterior, el juzgado de guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787 y, en su caso, dictará oralmente sentencia de conformidad que se documentará con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal. Si el Fiscal y las partes personadas expresasen su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución.”

²¹⁰ Vid. Circular 1/2000 FGE, de 18 de diciembre, pág., 72 y 73, donde como manifestación del principio de oportunidad, recoge los principios en que se admitiría el desistimiento de la incoación o de la continuación del expediente.

²¹¹ A dichos criterios, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, op. cit., pág. 416 y ss. añade razones de igualdad, en la medida en que corrige desigualdades en el proceso; eficacia, dado que al excluir los asuntos menores permite una mejor dotación de recursos y tiempo en los de mayor complejidad y gravedad; así como motivos derivados de las modernas concepciones de la pena, que van más allá de los fines meramente retributivos, y tienen en cuenta las finalidades resocializadoras.

serían jurídicamente imposibles: la no persecución de determinadas conductas de apariencia delictiva; la selección de los elementos fácticos que han de ser tomados en consideración, excluyendo algunos tal vez legalmente relevantes; la no formulación de la acusación; la calificación de los hechos, a efectos de petición de pena, de una u otra forma; la sustitución de la solicitud de pena o su aplicación por la imposición de medidas diferentes, etc²¹².

Ahora bien, dado que las consecuencias de la aplicación de dicho principio podrían llegar, incluso, a la impunidad de un delito, es obvio que éste no podrá operar en todo caso, siendo imprescindible por tanto la fijación de determinadas pautas ante las que únicamente resulte aplicable. En efecto, la aplicación del principio de oportunidad no puede ser indiscriminada, es necesario el sometimiento a determinados límites, tanto objetivos – v. gr., únicamente podrá aplicarse con delitos de escaso interés público, de escasa gravedad, de escasa culpabilidad de la víctima, etc. –, como subjetivos – que el agresor carezca de antecedentes penales, que se haya reparado el daño a la víctima, etc. –. De ahí por tanto que las posibilidades del Ministerio Fiscal de abrazarse a este principio a la hora de renunciar a mantener la acusación contra una persona tengan importantes limitaciones. Es por ello, también, que la antes referida Ley del menor únicamente admita el desistimiento en supuestos de escasa gravedad.

Así es, si bien es evidente que con el paso de los años el principio de legalidad viene haciendo importantes concesiones en distintos ámbitos en favor del principio de oportunidad²¹³, la necesidad de establecer los límites de este último es indudable. Siguiendo las denominadas posiciones intermedias, es indispensable la tasación de su aplicación de forma clara, arbitrándose al efecto cualesquiera mecanismos que se estimen oportunos o que, al menos, eliminen al máximo cualquier tipo de arbitrariedad o atentado contra los principios de proporcionalidad, igualdad, empezando por el control judicial²¹⁴. De este modo se conjugan además perfectamente ambos principios,

²¹² DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho procesal penal*, junto con otros autores, 7ª Ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 44.

²¹³ Vid. FERNÁNDEZ APARICIO, J. M. *Ministerio Fiscal entre legalidad y oportunidad*, quien recoge varias manifestaciones del principio de oportunidad que paulatinamente han sido introducidas en nuestro sistema, tales como el art. 191. 1º CP.

²¹⁴ Vid. también HASSEMER, W. *La persecución penal: legalidad y oportunidad*, Revista Jueces para la Democracia, nº 4, 1988, págs. 8 y ss., traducido por GOMEZ DE LINARES, M. A., quien tras reclamar “tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como política y económica en la actualidad sea necesario” reclama no obstante cierto control por parte del Juez Instructor en su aplicación. Cfr. LÓPEZ

pues en la medida en que la oportunidad reglada aparece entre los presupuestos legalmente previstos, su aplicación implicará en todo momento una actuación dentro de la legalidad.

(4).- En efecto, la aplicación del principio de oportunidad exige un cuidado extremo al plantear conflictos difícilmente soslayables con múltiples principios y derechos de alta tradición jurídica, como la contradicción que puede suponer en relación con el art. 124.2 de la Carta Magna²¹⁵, en la medida en que someten al Ministerio Fiscal al principio de legalidad, imponiéndole la consecuente obligación de impulsar y continuar el procedimiento penal, sin admitir ningún tipo de excepción a dicho principio ni hacer la más mínima alusión al principio de oportunidad²¹⁶; así como en aplicación del art. 25.1, también de la Constitución²¹⁷, que estipula que si bien el principio de legalidad no formula expresamente el *ius puniendi* del Estado como deber de castigar, sí presupone el deber del estado de castigar aquellas conductas tipificadas como delitos. Las referidas razones impedirían en consecuencia atribuir al Ministerio Fiscal, en virtud de un juicio de oportunidad optar por no perseguir – o no acusar o dejar de calificar, según los casos – una determinada conducta punible según los criterios legales²¹⁸.

A mayor abundamiento, el principio de oportunidad puede suponer además la negación de determinados derechos fundamentales de los particulares, como el derecho a la tutela judicial efectiva, o incluso el derecho a la igualdad, en la medida en que su aplicación puede abrir la puerta a, discrecionalmente, dejar impunes determinados delitos aun cuando se constate que hayan sido efectivamente cometidos. Incluso, resulta común entre la doctrina procesalista citar otros principios de esta naturaleza que resultan igualmente antagónicos, como el principio de necesidad en el ejercicio de la acción

BARJA, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, op. cit., pág. 429 y ss., para quien tanto la oportunidad reglada como la discrecional tienen cabida en el sistema penal; siempre que ambas se encuentren reguladas legalmente: “(l)o único que ocurre es que en ese caso, la oportunidad discrecional habría de conjugarse con el principio de proporcionalidad (principio que nuestro Tribunal Constitucional reconoce vigente en nuestro ordenamiento) y con el principio de igualdad, y ello, lógico es admitirlo, supone una mayor dificultad de control y una mayor maduración jurídica en su ejercicio.

²¹⁵ Art. 124.2 CE: “El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.”

²¹⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 45.

²¹⁷ Art. 25.1 CE: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”

²¹⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 47 y 48.

penal – art. 105 LECrim. –. Es por ello por lo que su aplicación en modo alguno admite criterios arbitrarios en los términos ya apuntados respecto de la denominada oportunidad absoluta o discrecional, sino mediante el establecimiento de presupuestos de aplicación que aseguren el respeto por el resto de derechos y principios comentados.

§ IV. 4. 5. - Valoración crítica del principio de oportunidad como supuesta justificación de la perseguibilidad privada

(1).- Cuando nos encontramos ante delitos sometidos a condiciones de perseguibilidad, el principio de oportunidad aparece como la excepción a los principios de legalidad y oficialidad, de tal forma que el Ministerio Fiscal podrá incluso optar por no entablar acción alguna si estima que la misma, v. gr., pudiera perjudicar de alguna u otra forma a la propia víctima²¹⁹. El problema que se plantea aquí es, precisamente, que en estos casos la sumisión de la persecución de delito lo es en favor de la propia víctima, que no del Ministerio Público²²⁰, y ni tan siquiera bajo la supervisión de la autoridad judicial. Y, tratándose de una concesión o transferencia a la propia víctima, en vez de al titular del *ius puniendi*, no es posible hablar de principio de oportunidad en sentido estricto²²¹.

Y lo mismo podemos decir de otros tantos supuestos, así como de algunas de las causas extintivas de la responsabilidad criminal previstas en el Código penal, tales como el indulto – art. 130.1.4º –, el perdón del ofendido – art. 130.1.5º –, la licencia del Juez o Tribunal para la persecución de las injurias y calumnias vertidas en juicio – art. 215.2 –,

²¹⁹ Vid. GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 256, que por este mismo motivo entiende, v. gr., que el requisito de perseguibilidad del art. 191.1 CP quedaría justificado por el referido principio de oportunidad.

²²⁰ Vid., en este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I*, op. cit., pág. 429, para quien “la intervención del Ministerio Fiscal (en relación con el principio de oportunidad) es evidentemente ineludible, lo que ocurre es que debe jerarquizarse en función de los delitos, de manera que es preciso determinar quién dentro del Ministerio Fiscal puede acordar el no ejercicio de la acción penal (...)”; es más, el referido autor plantea una participación de los perjudicados claramente residual ya que “sólo en ciertos casos podrían recurrir la decisión de no ejercitar la acción penal. Básicamente en los casos de mayor importancia.” Vid. también GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*, op. cit. pág. 255, y LIBANO BERISTAIN, A. *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, op. cit., pág. 86 y 87.

²²¹ LANZAROTE MARTÍNEZ, P.A. *La autonomía del Ministerio Fiscal, de lege ferenda: el fiscal y la reforma del proceso penal*, en *Aspectos fundamentales del derecho procesal penal*, op. cit. Por su parte, GIMENO SENDRA, V. *Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)*, Revista del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, número especial II, 1987, págs. 31 y ss., aboga por una aplicación del principio de oportunidad al inicio del proceso penal – que no antes – al objeto de aligerar el sistema judicial, y aplicando razones de política criminal o interés social, mediante el archivo o suspensión del mismo, sin necesidad de llegar a juicio oral.

la condena condicional – arts.80 y 81 –, entre otros. Su vinculación al principio de oportunidad no resulta en modo alguno posible. De entrada, porque en muchos de estos casos la excepción se aplica una vez terminado el proceso judicial e impuesta la pena, por lo que es obvio que la opinión del Ministerio Fiscal, como la del Juez, poco tienen que ver con la sanción del hecho delictivo o, cuando menos, no tiene por qué resultar decisiva. Por otro lado, porque dichos supuestos nada tienen que ver con el fundamento esencial de la oportunidad, que es precisamente la evitación del proceso penal o, cuando menos, su tramitación de forma rápida.

Además, si como se ha dicho, este principio tiene por objeto soslayar la imposición de sanciones, atendiendo a las circunstancias del caso, para evitar colapsos en la Administración de Justicia o la criminalización de los denominados delitos bagatela carentes de alarma social, difícil encaje podrá apreciarse en los supuestos antes referidos. Especialmente respecto de los delitos aquí denominados *cuasipúblicos* y *semipúblicos*, pues como veremos más adelante éstos no se limitan a ilícitos de escasa entidad, al existir supuestos graves, como sucede con los delitos contra la libertad sexual, que contemplan penas de prisión que podrían alcanzar los doce años²²².

Podrá pensarse que el hecho de que la privacidad sea aplicable únicamente a unos pocos delitos, así como que su regulación ya esté expresamente regulada en el Código penal, puede implicar una suerte de *oportunidad reglada*, pues aun cuando efectivamente aquí la disposición de la persecución se traslada al sujeto pasivo, el legislador ya ha hecho una previa labor de control *ex ante* al establecer en qué supuestos es admisible la denuncia o querrela privadas. No obstante, dado que su aplicación puede afectar a otros tantos principios fundamentales, como los ya reiterados de legalidad e igualdad, así como la gravedad ínsita a determinados delitos, sería de esperar un mayor control por parte de Jueces y Tribunales.

(2).- La vinculación de dicho principio afecta por tanto al Ministerio Fiscal – y en su caso al Juez –, en tanto titular del *ius puniendi*, quien atendiendo a las circunstancias del

²²² Vid. ORTIZ ÚRCULO, J. C. *El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites*, op. cit., pág. 115 y ss, para quien los requisitos de perseguibilidad no tienen ningún tipo de relación con el principio de oportunidad. Su fundamento residiría más bien en la inexistencia de interés público para perseguir el delito que justifique la intervención estatal, razón por la cual resulta a su vez exigida la iniciativa privada para su persecución. Todo ello, en la medida en que dicho principio de oportunidad se encuentra referido a las facultades y límites de los poderes públicos.

caso podrá optar, en base a las razones expuestas, por iniciar/elevar la acción o abstenerse de hacerlo. Corresponde únicamente a éstos esa pretendida ponderación de intereses, públicos y privados, y principios, de legalidad y oportunidad, en aras a la determinación de la proporcionalidad de intervención penal. De este modo, corresponde únicamente a aquéllos la disposición de tan amplio arbitrio, bajo determinadas condiciones, respecto del ejercicio o modo de ejercicio de la acción penal. En tal caso, podrá admitirse la excepción del principio de legalidad por razones de política criminal que aconsejen la no persecución del delito, bien por su escasa lesión social, por haberse resarcido a la víctima, etc. No existe en cambio ningún tipo de vinculación entre este principio las acusaciones popular o particular – o incluso el actor civil –, que ni se encuentran sujetos al principio de legalidad al no tener necesidad de mantener la acusación hasta la obtención de una resolución condenatoria, ni tampoco al principio de oportunidad en el sentido de que se vean empujados a retirarla cuando la escasa entidad del delito cometido desaconseje la iniciación-continuación con el procedimiento penal.

Una solución distinta a la expuesta podría dar lugar a un injustificado desplazamiento de la propia administración de justicia en favor del particular. En la medida en que el Fiscal conforme su propio estatuto, tiene reconocida una personalidad jurídica propia integrada con autonomía funcional en el Poder Judicial – art. 2 –, así como una misión reconocida clara misión, caracterizada por la promoción la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley – art. 1 –, no existe problema ninguno en reconocer a dicho órgano la competencia respecto del principio de oportunidad; así como tampoco respecto de la autoridad judicial, en tanto garante último del sistema penal, por razones obvias. No podemos decir lo mismos sin embargo de la víctima del delito, especialmente cuando hablamos de decisiones tomadas de forma ajena al propio proceso.

§ IV. 5. - Conclusiones

(1).- La justificación última de este régimen de perseguibilidad suele descansar en la naturaleza *especialmente disponible* de los respectivos bienes jurídicos protegidos por cada uno de estos delitos, razón por la cual se acepta la primacía del interés privado de la víctima en la persecución del delito, frente al público que caracteriza al Derecho

penal. Ahora bien, en la medida en que también los delitos públicos protegen bienes jurídicos de carácter igualmente personal y disponible – como la propiedad, la integridad o la libertad – dicho argumento resulta insuficiente.

(2).- Junto a lo anterior, cuando hablamos de delitos privados, es frecuente acudir también a argumentos adicionales tales como (a) la escasa entidad o el carácter no violento del delito; (b) los daños irreparables que puede suponer la persecución hacia la víctima, v. gr., al ver afectados otros derechos fundamentales como su propia intimidad; (c) la posibilidad de valorar a través de la víctima la entidad de la ofensa proferida; o (d) incluso el interés del legislador en potenciar acuerdos extrajudiciales y descargar a los Jueces y Tribunales de procedimientos de menor entidad.

Tales opiniones, en definitiva, no hacen sino redundar en los principios de intervención mínima y oportunidad del Derecho penal, fundamentando este tipo de exigencias en un contexto descriminalizador de determinados hechos delictivos, bien por su escasa trascendencia jurídico penal, bien por encontrarse sancionadas en otros sectores o ramas del Derecho – principio de subsidiariedad del Derecho penal –, bien por no existir interés suficiente por parte de la víctima o el Ministerio Fiscal en iniciar todo un procedimiento penal para sancionar conductas de escasa trascendencia.

(3).- Efectivamente, el Derecho penal está reservado únicamente para casos extraordinariamente graves – carácter esencial o fragmentario – y cuando no haya más remedio por haber fracasado otros mecanismos de protección alternativos – naturaleza subsidiaria –. El principio de intervención mínima obliga así a la exclusión de la esfera penal de aquellas lesiones menores o meramente tangenciales. Es por ello, por lo que resulta exigible cierto control a la hora de incriminar comportamientos activos u omisivos de trascendencia penal. De ahí también la necesidad de imponer límites materiales que afecten directamente al contenido y la extensión de aquél. Límites que aseguren la racionalidad y el coste social empleados por el legislador, exigiendo un empleo restrictivo de la pena como medio de represión y de regulación de las relaciones sociales.

Dicha tarea deberá llevarse a cabo mediante manifestaciones tales como la selección de bienes jurídicos nucleares a tutelar por el Derecho penal mediante medios selectivos, la

tipificación de las modalidades de ataque, o la evitación de criminalización de comportamientos meramente contrarios a la moralidad. Ahora bien, corresponde a la ley – como manifestación del principio de legalidad – la selección de tales bienes objeto de protección o de las conductas (imprudentes o dolosas) merecedoras de pena. En efecto, dicha labor en ningún caso podrá llevarse a cabo por el particular conforme a criterios subjetivos – como sucede con los requisitos de perseguibilidad –, sino por parte del legislador de forma precisa y siguiendo todos los principios de merecimiento, necesidad y susceptibilidad.

De ahí que no resulte posible acudir al principio de mínima intervención para justificar los postulados del denominado Derecho penal privado. Únicamente el legislador debe de tener la facultad de verificación acerca de la gravedad de la conducta que se pretende sancionar, así como de si la aplicación de otras ramas del Derecho es insuficiente antes de incorporar el tipo al Código penal. O, subsidiariamente, a los Jueces y Tribunales a través de esa labor interpretativa que les ha sido encomendada en la aplicación de esos mismo tipos. Dejando de un lado evidentes distorsiones en relación con derechos fundamentales como la igualdad o la legalidad, justificar los delitos privados supondría trasladar al particular el poder de decisión sobre cuestiones tan complejas como el merecimiento y necesidad de la pena, es decir, que sea él quien decida sobre la conveniencia de su reparación o sanción en el orden penal.

(4).- Frente al principio de legalidad, el Derecho penal encuentra su contrapunto en el denominado principio de oportunidad, que conlleva la renuncia por el Estado al ejercicio de la acción penal en determinadas circunstancias, o a un ejercicio con un contenido limitado para facilitar la resolución de la controversia y eliminar la proliferación de procesos penales. Mientras el principio de legalidad obliga al ejercicio de la acusación, el principio de oportunidad faculta o matiza dicho ejercicio. No hablamos de dos principios alternativos o excluyentes, sino coexistentes dentro del sistema penal.

El principal fundamento de dicho principio lo encontramos, nuevamente, en la necesidad de aligerar la carga de trabajo de los Tribunales, fundamentalmente cuando hablamos de delitos menores, así como también en otros tantos fundamentos o valores superiores enfocados tanto hacia la víctima – su rápida satisfacción –, como hacia el

delincuente – disminución de la estigmatización del proceso o incluso la no imposición de penas abusivas o que atenten contra la propia reinserción social –. En cualquier caso, es imprescindible evitar interpretaciones injustificadamente amplias de dicho principio, que conllevarían la transformación de la oportunidad, en un sentido absoluto, como un auténtico cajón de sastre justificativo de cualquier excepción sustantiva o procesal a la imposición de cualesquiera de las sanciones contempladas en el Código penal.

Tratándose de una nueva renuncia del poder punitivo del Estado, tampoco aquí es posible acudir a dicho principio para justificar los requisitos de perseguibilidad objeto. En efecto, el problema que se plantea en los delitos privados es, precisamente, que en estos casos la sumisión de la persecución de delito lo es en favor de la propia víctima, que no del Ministerio Público o del Juez. Y, tratándose de una concesión o transferencia al perjudicado u ofendido, en vez de al titular del *ius puniendi*, el principio de oportunidad no puede interpretarse como elemento justificador de la perseguibilidad privada del Derecho penal.

CAPÍTULO V. - PROPUESTA DE UNOS PARÁMETROS ADECUADOS PARA EL INICIO DEL PROCESO EN DELITOS CON CONDICIONES DE PERSEGUIBILIDAD

§ V. 1. - Introducción

(1).- El tratamiento que dispensa el Código penal a las distintas condiciones de perseguibilidad en nuestro Código penal es exageradamente heterogéneo, tanto desde el punto de vista de la vía para iniciar el procedimiento, como de la persona facultada para interponer la denuncia o querella, como de las excepciones a la regla general, en su caso. Veámoslo de forma sintética:

(I).- La persecución de estos delitos y faltas, por lo general, exigirá la previa interposición de *denuncia*, salvo para (a) los delitos contra el honor, que requerirán la interposición de *querella* por parte del ofendido – art. 215 –; y (b) los delitos contra la libertad sexual – agresiones, acoso y abusos sexuales –, donde en defecto de la denuncia de la persona agraviada, será posible la presentación de *querella* por parte del Ministerio Fiscal aunque “ponderando los legítimos intereses en presencia” – art.191 –.

(II).- La persona legitimada para interponer la acción penal será, en casi todos los casos, la *persona agraviada o su representante legal*, salvo (a) en los delitos contra el honor y en los daños imprudentes, donde el legitimado será el *ofendido* – arts. 215 y 267 –; y (b) en las faltas contra el patrimonio alteración de términos, lindes y heredades previa, perseguibles a instancias del *perjudicado* – art. 624 –.

(III).- Dejando de un lado excepciones relacionadas con la afectación de intereses claramente públicos – como los delitos contra el honor, que admiten la perseguibilidad pública cuando la ofensa se dirija contra *funcionario público, autoridad o agente* de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos; o en los delitos contra la intimidad, cuando la conducta típica sea cometida por *autoridad o funcionario público*, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa por delito y prevaleciéndose de su cargo – como excepciones a dicha perseguibilidad, será admisible la persecución de oficio por el Ministerio Público:

III.1.- En los delitos contra la libertad sexual, donde como acabamos de apuntar, el Ministerio Fiscal podrá instar la apertura del procedimiento penal mediante la interposición de querella “ponderando los legítimos intereses en presencia” – art. 191 –.

III.2.- En los delitos de contra la intimidad, daños imprudentes, faltas perseguibles a instancias de la persona agraviada, reproducción asistida sin consentimiento, abandono de familia e impago de pensiones, agresiones, acoso y abusos sexuales, contra el mercado y los consumidores y societarios, cuando la persona agraviada sea *menor de edad, incapaz o desvalida* – arts. 201, 639, 161, 228, 191, 287 y 296 –.

III.3.- En los delitos contra la intimidad, contra el mercado y los consumidores, y societarios, cuando se vean afectados los *intereses generales o una pluralidad de personas* – arts. 201, 187 y 196 –.

Tal absoluta disparidad de criterios, hace inevitable entrar ahora en el estudio individualizado de cada uno de estos aspectos. Nos referimos a cuestiones tales como la distinción *denuncia* y la *querella* y, en consecuencia, si existe algún tipo de justificación coherente para que en función del delito o de quién interponga la acción, exigir una u otra; de la eficacia del perdón del ofendido en cada caso; de la concreción de los términos *ofendido, agraviado y perjudicado* y, por ende, de las partes legitimadas para interponer la acción penal; de la concreción de los términos *menor de edad, incapaz o persona desvalida*; e, incluso de la delimitación de los términos *intereses generales y pluralidad de personas*, que en los últimos años están dando lugar a doctrinas jurisprudenciales absolutamente contradictorias, siendo por otro lado por el Ministerio Público para instar la apertura de procedimientos penales aun sin la aquiescencia de los propios agraviados por el delito mediante interpretaciones ciertamente extensivas. A todas estas cuestiones dedicamos los dos siguientes capítulos.

§ V. 2. - Principales desarmonías detectables en las atribuciones a las partes respecto de la persecución privada

§ V. 2. 1. - Necesidad de intervención del Fiscal en los procedimientos por delitos privados

(1).- Como es sabido, conforme estipula el art. 124.1 de la Constitución, el Ministerio Fiscal ejerce en el proceso penal la representación o defensa de los intereses estatales a través de la acusación pública u oficial. Adicionalmente, el art. 541.1 LOPJ encomienda a este órgano la promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. Esta declaración es reiterada, además, por el art. 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

La aparición de este organismo tal y como lo conocemos en la actualidad, y como ya hemos apuntado *supra*, surge paralelamente al nacimiento del Estado moderno como consecuencia natural de la prohibición de la *autotutela* del Derecho penal, coincidiendo con la toma de conciencia de éste de la necesidad de intervenir ante aquellas vulneraciones del ordenamiento jurídico que, por su especial gravedad, pudieran llegar a perturbar el orden social. En la medida en que el Estado es el primer interesado en perseguir los ataques más graves contra la convivencia social, carece de sentido dejar únicamente en manos de los particulares el ejercicio de la acusación. De ahí, por tanto, la conveniencia de crear un órgano público que asuma conjuntamente esa labor acusadora en defensa de la legalidad constituida y de los intereses de la comunidad. Es importante tener en cuenta, especialmente a los efectos que aquí nos ocupan, que la acusación ejercida por el Fiscal lo será siempre en defensa del *interés público*, por lo que no debemos confundir los intereses perseguidos por éste con los exclusivamente privados del agraviado u ofendido por el delito.

La figura del Fiscal encuentra su justificación, así, en la necesidad de garantizar el respeto de la ley, asumiendo un papel preponderante como impulsor del procedimiento,

tanto en materia de imperativa aplicación del Derecho penal, como en aquellos casos en los que no exista persona que pueda velar por el cumplimiento de lo previsto legalmente, conforme estipula el art. 3 de su propio Estatuto. No nos encontramos por tanto ante el ejercicio de ningún derecho ajeno que pudiera corresponderle al agraviado u ofendido por el delito, sino ante el ejercicio del *ius puniendi* correspondiente al Estado, aun cuando dicho ejercicio pueda coexistir con el de las acusaciones particulares y populares. Su legitimación es por ello ordinaria en la medida en que ejerce como representante del propio Estado, verdadero titular del derecho actuado. Desde esta perspectiva, el Fiscal, en tanto pieza esencial del sistema acusatorio, es el máximo exponente de la separación entre la actividad acusatoria y la actuación decisoria, y responde a la necesidad de que los fines públicos y la realización de la justicia persigan cualquier tipo de infracción criminal.

Esta pretendida imparcialidad del Ministerio Fiscal no es óbice tampoco para poder considerarlo como parte del proceso, al sostener – en ocasiones en solitario – la pretensión punitiva, con independencia de que lo haga en el cumplimiento de determinado mandato que le ha sido encomendado, y en defensa de unos intereses sociales que trascienden de los propios del ofendido o agraviado por el delito. El Fiscal se erige así en una pieza fundamental del principio acusatorio, en virtud del cual, alguien instituido por el Estado, pero ajeno al órgano instructor y al encargado del enjuiciamiento y fallo, ejerce la acusación en el proceso. De tal modo que, siendo los dos los pilares públicos básicos del Derecho penal, ejercen ambas funciones – acusación y enjuiciamiento – por separado²²³.

(2).- Por otro lado, el Ministerio Público está sujeto, entre otros, a algunos de los principios a los que ya hemos hecho referencia a lo largo de este trabajo: *legalidad* – art. 105 LECrim. –, *oficialidad* y *oportunidad*. En primer lugar, porque el Fiscal está obligado, a diferencia de lo que sucede con los perjudicados y ofendidos, a ejercitar la acusación por imperio de la ley, siempre que los hechos revistan caracteres de delito. Por otro lado, porque siempre que haya una apariencia de comisión de un delito, esta institución vendrá obligada a perseguir el ilícito y a solicitar su punición²²⁴. Y, en

²²³ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 143 y ss.

²²⁴ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 33, para quien, también en relación con el principio de oficialidad, para el Ministerio Fiscal la acción constituye un poder jurídico

último lugar, porque corresponde al Ministerio Fiscal la valoración sobre la idoneidad de la persecución de determinados delitos, atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

Desde esta perspectiva, y en particular cuando se trata de los dos primeros principios, la persecución penal a instancias del ofendido supone la excepción a la regla general. En efecto, frente al principio de oficialidad, que implica la necesidad taxativa de iniciar el procedimiento penal siempre que exista un interés público de no dejar sin respuesta jurídico-criminal una conducta de apariencia delictiva, el Derecho penal contempla excepciones conforme a las cuales, pese a la existencia de esa necesidad – determinada por la tipicidad penal de la conducta – el Fiscal tiene vetado el ejercicio de la acción²²⁵. Aun cuando con carácter general a éste le incumbe, como deber, impulsar la actividad jurisdiccional mientras no desaparezca por completo el interés público de responder jurídicamente a una conducta criminal²²⁶, aquí el procedimiento penal descansa únicamente en la voluntad agraviado a través de su representación procesal.

Ahora bien, la participación activa del Ministerio Público en cualquier procedimiento penal, ya sea público o en cualquiera de sus vertientes *privadas*, debiera ser indiscutida. La trascendencia penal de cada uno de los tipos contemplados en el Código penal debiera justificar la intervención estatal por encima de cualquier pretensión particular. Y hasta cierto punto pudiera entenderse así respecto de casi todos los delitos aquí estudiados, donde una vez confirmada la especial relevancia del daño ocasionado a través de la manifestación expresa del perjudicado u ofendido de perseguirlo mediante la interposición de denuncia o querella, es obligada la intervención del Fiscal con el objetivo de solicitar su punición. Lamentablemente, no sucede lo mismo con los delitos contra el honor, en los que el legislador ha optado por ceder completamente la persecución del delito en favor del interés privado. De un lado, por atentar directamente contra la ya apuntada naturaleza del Fiscal en defensa de la legalidad; también, por la

que necesariamente ha de ejercitar en presencia de cualquier conducta subsumible en el tipo de un delito que únicamente sea perseguible a instancia de parte – principio de *indisponibilidad o irrenunciabilidad de la acción penal* –.

²²⁵ Es por ello por lo que, aun cuando como hemos dicho, el Ministerio Fiscal tiene el derecho-deber de ejercitar la acción penal ante la existencia de cualquier indicio de delito, tal obligación está vetada para los delitos privados, pudiendo no obstante solicitar la intervención en el resto de los sometidos a previa interposición de denuncia privada. Vid. GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 168.

²²⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 34 y 35.

trascendencia pública inherente a cualquier de los atentados contra los preceptos del Código penal, dada la entidad de las ofensas que pretende sancionar; y, finalmente, porque la perseguibilidad de este tipo de ilícitos por la vía civil, conforme a la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen plantea una situación verdaderamente paradójica vistas las facultades de intervención atribuidas al Ministerio Público que le son sin embargo vedadas en el procedimiento penal.

En efecto, visto su carácter privativo, el procedimiento penal por *delitos privados* no parece admitir la intervención del Ministerio Fiscal, ni siquiera tras la presentación de la querella por parte de la persona ofendida. Así lo ha reconocido la propia Fiscalía General del Estado, al afirmar expresamente que en los delitos de calumnias e injurias contra particulares o contra funcionarios por hechos ajenos al ejercicio de sus cargos, la decisión del legislador de convertir en único dueño de la acción penal a los perjudicados ha supuesto la pérdida de legitimación para intervenir en tales procedimientos²²⁷. Y así lo tiene reconocido igualmente nuestro Tribunal Supremo, que a la vista de la derogación del particular del art. 4.1 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona – que estimaba suficiente la mera interposición de denuncia para la persecución de estos delitos –, propiciada por el art. 215 del vigente Código penal, entendió que ahora resultaba exigible únicamente la presentación de querella, aun cuando los delitos hubieran sido cometidos con publicidad. De esta forma, los arts. 104 y 105 LECrim., impedirían precisamente la participación del Ministerio Público en este tipo de procedimientos²²⁸.

Ocurre, por el contrario, que la posición de la Fiscalía en los procedimientos civiles contra el honor es siempre la de parte interviniente, ya sea como demandante o incluso como demandado. Así es, aunque la LO 1/1982, de 5 de mayo, prevé únicamente su intervención en aspectos puntuales, como en la vulneración de este tipo de derechos respecto de las personas ya fallecidas, o, tras la reforma del Código penal de la LO

²²⁷ Vid. la Consulta FGE 7/1997, de 15 de julio, sobre legitimación del Ministerio Fiscal en procesos penales por los delitos de calumnias e injurias que, al respecto, llega a decir incluso que el Fiscal personado en algún procedimiento penal por delito público o semipúblico que hubiera transmutado su naturaleza en la de delito privado debería apartarse de la causa por carecer de legitimación activa para seguir interviniendo en la misma. En parecido sentido, vid. también la Circular FGE 2/1996, de 22 de mayo.

²²⁸ STS 60/2000, de 27 de enero.

5/2010, de 22 de junio, en los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito²²⁹, lo cierto es que art. 249.1.2º LEC reconoce expresamente que en los mismos “siempre será parte el Ministerio Fiscal”. Y ello, en la medida en que la misma resulta preceptiva en procedimientos civiles sobre protección de derechos fundamentales, incluso cuando lo que está en juego es el honor personal, al encontrarse incluida, entre sus funciones, la de velar por el respeto de los derechos fundamentales y de las libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa – art. 3.3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal –²³⁰. Todo ello, con el matiz introducido por nuestro Tribunal Constitucional, quien ya en su sentencia 76/1982, de 14 de diciembre, reconocía que el Fiscal “no actúa como parte privada”, ya que “su misión es la de promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley”, pues el art. 124.1 de la Constitución establece que debe regirse en todo caso el principio de imparcialidad, por lo que tan sólo actúa como parte en sentido formal²³¹.

(3).- Tal circunstancia, esto es, lo incongruente que resulta la participación del Fiscal únicamente en los atentados menos graves contra el honor debatidos en sede civil, pero no de los más graves que corresponderían a la penal, hace injustificable que este tipo de ilícitos no sean perseguidos también por aquél en el seno del procedimiento penal, al menos mientras se encuentren tipificados como tales en el Código penal²³².

En efecto, la sujeción al principio de legalidad impide que el Ministerio Público pueda mantenerse ajeno a la persecución de tipos delictivos en los que el legislador ha apreciado suficiente entidad como para merecer una sanción penal. Podría pensarse que, frente a tal argumento, sería el principio de oportunidad el encargado de justificar el

²²⁹ Vid. Art. 4.4 LO 1/1982: “En los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito a que se refiere el apartado ocho del artículo séptimo, estará legitimado para ejercer las acciones de protección el ofendido o perjudicado por el delito cometido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el proceso penal precedente. También estará legitimado en todo caso el Ministerio Fiscal. En los supuestos de fallecimiento, se estará a lo dispuesto en los apartados anteriores.”

²³⁰ FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, A. *La protección penal o civil del honor*, La Ley, nº 6744, Sección Doctrina, 17 de junio de 2007, año XXVIII, Ref. D-150.

²³¹ Vid. ROMERO COLOMA, A. Mª *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, op. cit., pág. 152.

²³² Vid. LIBANO BERISTAIN, A. *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, op. cit., pág. 235 y 236, que pone de manifiesto otras incongruencias ya advertidas por nuestra doctrina científica, tales como lo injustificable que supone el hecho de que el procedimiento establecido por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, tenga entre sus competencias el conocimiento de los delitos contra el honor, donde el Ministerio Fiscal sería parte.

desinterés por su parte; pero, tal circunstancia casa mal con la ya referida participación del Fiscal en el procedimiento civil. Cuestión distinta sería si la ofensa en concreto careciese de gravedad como para estar contemplada en el Código penal, en cuyo caso podría justificarse su persecución exclusivamente privada. No obstante, mientras las injurias y calumnias sigan siendo consideradas delitos, debieran ser también perseguidas por el Ministerio Fiscal.

Todo ello, sin olvidar tampoco que los intereses del Ministerio Público son independientes de los del perjudicado u ofendido por el delito, pues aun cuando ambos buscan el castigo del agresor, el primero lo hace en defensa de la legalidad y de los intereses estatales, y el segundo en busca del resarcimiento personal. De ahí la necesaria intervención del primero en todos los casos.

§ V. 2. 2. - *Acusación particular y acusación privada*

(1).- Dejando de un lado las partes pasivas del procedimiento y otras figuras como la del actor civil, a diferencia de lo que sucede con otros países de nuestro entorno continental – Portugal, Francia, Italia, Alemania, etc. – que confían en la suficiencia del Ministerio Público en el ejercicio de su cometido de persecución y acusación de la criminalidad, el sistema español permite la intervención de actores adicionales en el procedimiento.

En primer lugar, junto al Fiscal nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal admite la denominada *acusación particular*, si bien con ciertas imprecisiones en cuanto a su denominación al referirse a esta parte activa del procedimiento, bien como *acusador privado* – arts. 622, 649, 650, 659, 681 u 875 –, *acusador particular* – arts. 19, 39, 53, 105, 108 ó 141 –, *actor particular* – arts. 142 ó 466 –, o como *querellante particular* o *particular querellante* – arts. 280, 317, 385 ó 501–, entre otros. Parte de la doctrina tiene cierta tendencia a simplificar estos términos mediante la distinción entre *acusación particular* y *privada*, en función de cuando nos encontremos ante delitos o faltas

perseguidos de oficio o a instancia de parte²³³, si bien la legislación procesal da lugar a confusión al emplear esta pluralidad de términos de forma tan desordenada.

Sea como fuere, lo cierto es que nuestro ordenamiento admite sin ambages esta figura, pudiendo ejercitarse la acción penal por cualquier tipo de persona – arts. 101 y 270 LECrim. –, salvo en caso de delitos privados – art. 104 LECrim. –. Es indispensable por otro lado el ejercicio de la acción penal, ya sea mediante interposición de denuncia o de querrela, o ejercitando el ofrecimiento de acciones del juez – arts. 109 y 775 LECrim. – para poder ser parte en el procedimiento, pues de lo contrario aquél podrá ostentar la consideración de agraviado, ofendido o incluso perjudicado por el delito, pero no de parte.

La figura de la acusación particular es, no obstante, insuficiente para distinguir entre aquellas acusaciones distintas a la del Ministerio Público, debiendo diferenciarse actualmente entre tres: *acusación particular*, *acusación privada* y *acusación popular*. La primera equivale al ejercicio de la acción penal por parte del ofendido por cualquier delito público; la segunda es ejercida en exclusiva por el perjudicado en los delitos sometidos a previa interposición de denuncia o querrela; por último, la tercera es ejercida por cualquier ciudadano no ofendido por el delito. Mientras esta última es, en parecido sentido al comentado respecto del Ministerio Público, una manifestación del interés público en perseguir y sancionar el delito, las dos primeras suponen la declaración del interés privado de la víctima del delito en ser resarcido por la ofensa proferida.

A su vez, cuando hablamos de acusaciones privadas, la existencia de toda una amplia gama de delitos de esta naturaleza ha empujado a la doctrina a hacer distinciones. Una de las clasificaciones comúnmente utilizadas distingue entre *privadas exclusivas* – cuando en los delitos privados el ofendido ostenta el monopolio de la acción penal o, si se prefiere, el más absoluto derecho a la no perseguibilidad –, y acciones *privadas relativas* – en cuyo caso, el ofendido no ostenta un monopolio absoluto de la acción penal, al estar facultado el Ministerio Fiscal a ejercer conjuntamente la acción una vez

²³³ BANACLOCHE PALAO, J. *Las partes en el proceso penal*, en *Aspectos fundamentales del derecho procesal penal*, La Ley, Madrid, 2010.

interpuesta la denuncia o querella privadas –²³⁴, que, como veremos, no difieren demasiado de las acciones particulares tradicionales de los delitos públicos.

En la práctica, en el caso concreto de los delitos perseguibles de oficio, para el acusador particular – ofendido – el ejercicio de dicha acción no es una obligación, sino un mero *derecho* renunciable *ex art. 274*, que podrá llevarse a cabo, bien mediante interposición de denuncia o querella, bien, incluso, mediante el ofrecimiento de acciones al que hace referencia el art. 109 LECrim. Esta misma situación la compartirá también el ejercicio de la *acusación privada relativa*, pues para la persecución de delito basta con la interposición de la denuncia, pero no siendo exigible el posterior ejercicio de la acción penal; es, en definitiva, una acusación accesorio, pues tras la interposición de la denuncia el Fiscal tiene plena capacidad para perseguir del delito en solitario. El ejercicio de la *acusación privada exclusiva* será, en cambio, una obligación exigible para la persecución de los delitos privados – contra el honor –.

(2).- Cuando nos encontramos ante delitos privados no existe ningún tipo de duda del porqué de la *acusación privada exclusiva*, al ejercer la acción penal en solitario, no estando por tanto ningún representante estatal en defensa del *ius puniendi*²³⁵. Mayores problemas plantean en cambio las *acusaciones particulares o privadas relativas* cuando hablamos de delitos públicos, o incluso de aquellos sometidos a condiciones de perseguibilidad, una vez interpuesta la preceptiva denuncia por el perjudicado o agraviado, cuando en teoría es el Ministerio Fiscal quien va a ejercer tanto la acción penal como la civil que pudiera derivarse del delito. Máxime, cuando en el Derecho comparado puede comprobarse fácilmente que la tendencia es sumamente restrictiva en la admisión de este tipo de actores en el proceso penal.

La posibilidad para ser parte la encontramos, de un lado, en una razón de justicia, en el sentido de que a través de la misma el perjudicado u ofendido puede exigir la apertura del correspondiente procedimiento penal encaminado a castigar al culpable y resarcirle en sus derechos, dándole opción además de participar en dicho proceso. El mero hecho

²³⁴ GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 169 y 176 y ss.

²³⁵ Entre la doctrina procesal, nuevamente suele ser habitual recurrir a criterios de política criminal y oportunidad para justificar la acusación privada. Vid., entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 153 y 154, que entiende que la escasa incidencia o alarma social, unida a los perjuicios derivados del procedimiento penal, avalarían las limitaciones de carácter procesal y personal impuestas a este tipo de delitos.

de que el Estado tenga ahora un interés determinado en perseguir determinadas conductas punibles especialmente atentatorias contra los intereses sociales, no es óbice para que, adicionalmente, la víctima del delito tenga también su propio interés legítimo y directo en perseguir esa misma conducta por razones obvias. La participación de la acusación particular ejerce además una clara labor de control respecto del Ministerio Público, impidiendo cualquier tipo de inactividad por su parte, y dando al procedimiento los impulsos necesarios para evitar que una determinada acción pudiera quedar impune²³⁶. La participación del perjudicado y ofendido en el procedimiento supone, de este modo, un refuerzo al principio de legalidad, al manifestar en la práctica forense una participación mucho más activa de cara a la obtención de una eventual condena ante la constatación de la comisión de un delito.

Por otro lado, la figura de la acusación particular viene dada como consecuencia del reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que admite la posibilidad de exigir al juez penal la persecución de un determinado delito. Evidentemente dicho derecho no implica el reconocimiento de sus pretensiones, aunque sí la participación activa en el procedimiento. Como tiene declarado nuestro Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva comporta sencillamente el derecho de acceso al proceso, o a promover la actividad jurisdiccional. Y ello, en la medida en que el derecho a la tutela judicial efectiva, en un primer término, implica el acceso a la jurisdicción concretada en el derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial de las pretensiones deducidas²³⁷.

(3).- Por su parte, la aquí denominada *acusación privada exclusiva* tiene lugar únicamente en los delitos de esta misma naturaleza, es decir, en las injurias y calumnias. Para estos casos ésta será la única parte activa del procedimiento legitimada para perseguir el delito. Su actuación no sólo es principal, sino única, pues de no interponer la correspondiente acción penal y de continuar en el procedimiento hasta la obtención de una eventual sentencia condenatoria el delito quedará impune.

²³⁶ BANACLOCHE PALAO, J. *Las partes en el proceso penal*, op. cit.

²³⁷ Por todas, vid. SSTC 26/2008, de 11 de febrero, 40/2009, de 9 de febrero y 196/2009, de 28 de septiembre.

La legitimación activa corresponderá así únicamente al *ofendido* por el delito – art. 215.1 del Código penal –, pudiendo tener capacidad para ser parte tanto personas físicas como jurídicas, tal y como hemos comentado *supra*, siendo necesaria además la ostentación de capacidad procesal – lo que implica que deberá actuar por medio de su representante legal si tiene limitada la capacidad de obrar– y la postulación debida – abogado y procurador –.

Adicionalmente, y como ya hemos tenido oportunidad de ver, este tipo de procesos únicamente puede iniciarse con la interposición de la querrela – art. 215.1 CP –, siendo exigible antes la celebración del oportuno acto de conciliación con el agresor – arts. 278 y 804 LECrim. –; si las injurias o calumnias fueron proferidas en un juicio, es exigible en cambio la licencia del Tribunal correspondiente – arts. 279 y 805 LECrim. y 215.2 CP –. Asimismo, la tramitación será conforme al procedimiento que corresponda, si bien, al regir principios propios del procedimiento civil, entre los que destaca el dispositivo, se admite la terminación anormal por desistimiento – art. 275 LECrim. –, renuncia – art. 106 2º LECrim. –, o perdón del ofendido – art. 215.3 del Código penal –²³⁸. Por último, si el ofendido ejercitase la acción civil derivada del hecho ilícito en la vía civil, la acción penal quedaría extinguida, no pudiendo intentar posteriormente iniciar ese proceso – art. 112 2º LECrim. –.

La incomparecencia del Ministerio Fiscal en este tipo de causas no implica *per se* un desinterés o renuncia absolutos a perseguir estos delitos, pues el *ius puniendi* seguirá representado en la figura de la parte decisoria del procedimiento: el Juez. Ahora bien, esta ausencia sí supone un claro desistimiento a impulsar el procedimiento por sí mismo, así como una evidente incongruencia con el procedimiento civil regulado por la LO 1/1982, donde sí puede estar presente. Si, como se ha dicho *supra*, la figura del Fiscal es la principal pieza activa que hacía posible el proceso y que respondía a la idea de que el delito afectaba a la sociedad, y que ésta se mostraba interesada en su persecución, su ausencia supone, obviamente, un claro abandono social en perseguir

²³⁸ Como especialidades procesales, cabe señalar además que la posibilidad de celebración del juicio en ausencia del acusado siempre y cuando hubiera sido citado en legal forma -art. 814 LECrim.-; la inadmisión de los testigos de referencia en injurias o calumnias vertidas de palabra -art. 813 LECrim.-; así como que la reparación del daño incluye la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado -art. 216 del Código Penal-.

este tipo de agresiones, así como un tratamiento muy similar al que ofrece cualquier tipo de procedimiento privado como el mercantil o el civil.

(4).- Si bien ya hemos anticipado en el apartado anterior nuestra oposición a que el ejercicio de una acción privada exclusiva que impida la participación del Ministerio Fiscal en la persecución de los delitos privados, lo cierto es que la respuesta ofrecida por la denominada *acción privada relativa* en el resto de delitos perseguibles a instancia de parte tampoco resulta satisfactoria.

A lo largo de toda la tercera parte de este trabajo tendremos oportunidad de analizar las supuestas razones que justificarían el especial tratamiento de estas figuras delictivas. En función del delito en cuestión, los argumentos justificativos de su tratamiento privativo pueden variar sustancialmente, si bien por lo general siempre suelen estar presentes algunos genéricos tales como el escaso interés estatal en perseguir determinados delitos de menor entidad; la necesidad de dar la oportunidad a la víctima de pronunciarse en cuanto a la trascendencia jurídico-penal del daño ocasionado; evitar, mediante la apertura del proceso penal, una intromisión en la intimidad de la víctima que pudiera ocasionar aún más perjuicios; evitar también un mayor daño mediante el inicio de un procedimiento penal en el que la víctima habría de revivir y dar mayor publicidad al delito perpetrado; o la pretendida especial disponibilidad de bienes jurídicos protegidos como la intimidad, libertad sexual, derecho a la procreación o el honor.

Pues bien, de admitirse la suficiencia de argumentos como los expuestos, para justificar eficazmente la perseguibilidad de estos delitos únicamente a instancias del ofendido, el ejercicio de una *acción privada strictu sensu*, similar a la descrita anteriormente para los delitos contra el honor, pero admitiendo la participación del Fiscal, ayudaría a cumplir mucho mejor tales objetivos. Y es que, aunque es evidente la voluntad del legislador en dar un especial tratamiento a estos ilícitos por sus especiales características, tal y como está diseñada en la actualidad la *acción privada relativa* aplicable a este tipo de ofensas, lo cierto es que no difiere prácticamente en nada de la *acción particular* prevista para el resto de delitos públicos. En efecto, para la persecución de los delitos *cuasipúblicos*, *semipúblicos* o *semiprivados*, aun cuando en teoría existiría un sometimiento a la voluntad del ofendido, lo cierto es que en el fondo no es exigible ningún tipo de ejercicio de pretensión penal de la que pueda deducirse la pretensión. Para su punición

bastaría con la interposición de una denuncia – o, incluso, con el ofrecimiento de acciones, como veremos – pero sin ser exigible una ulterior acusación por parte de la víctima. Una vez manifestada la voluntad de iniciar el procedimiento penal, de no ejercerse dicha actuación, el Ministerio Fiscal bien podría ejercerla en solitario, pudiendo disponer de la misma según su propio criterio.

(5).- Por pretensión penal entendemos la declaración de voluntad, dirigida contra el acusado, en la que se solicita al Juez o Tribunal la condena por la comisión de un delito. La interposición de la mera denuncia en estos delitos como ejercicio de la pretensión penal *privada* – o *cuasipública*, *semipública* o *semiprivada* – no es equiparable sin embargo con la declaración de voluntad que supone la acusación. El ejercicio de la pretensión penal exige más bien la materialización de todo el conjunto de actos realizados por el perjudicado u ofendido, mantenidos a lo largo de todo el procedimiento hasta el final; de tal modo que no sólo bastará con una denuncia inicial, sino especialmente con la presentación de las conclusiones definitivas en la última fase del procedimiento, en tanto acto ineludible para sanción de una conducta antijurídica y ocasionadora de determinadas lesiones únicamente perseguibles y sancionables previa expresa voluntad de la víctima²³⁹. En definitiva, la acusación deberá estar presente a lo largo de todas las fases del proceso, adoptando distintas formas en función de sus distintas fases: denunciante o querellante, y acusación particular o privada con posterioridad.

Así es, si bien la acción penal se inicia con la declaración de voluntad de perseguir el delito mediante la interposición de denuncia o querella, ésta se confirmará con el ulterior ejercicio de la ulterior pretensión penal, materializada de forma definitiva en el acto de conclusiones definitivas, momento trascendental en el que esa declaración cristaliza finalmente en la petición de pena por un acto antijurídico. Sin duda alguna, la exigencia del ejercicio de acción privada a lo largo de todo el procedimiento, conforme a la cual cualquier ofendido por un delito perseguible a instancia de parte estuviese obligado a ejercer la pretensión penal, junto al Ministerio Fiscal, coadyuvaría a conjugar mucho mejor la pretendida especial disponibilidad del bien jurídico protegido o aquellos

²³⁹ Vid. ASENSIO MELLADO, J. M. *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991, pág. 37 y ss., quien entiende la pretensión penal como el presupuesto ineludible para la punición consistente en una declaración de voluntad que se ejercita en el momento de las conclusiones definitivas.

efectos colaterales derivados del procedimiento penal que el legislador pretende evitar mediante la exigencia de los requisitos de perseguibilidad²⁴⁰. Se confirmaría así que (i) efectivamente la voluntad del ofendido es la de condenar al responsable por la comisión de aquellos delitos vinculados en ocasiones a bienes jurídicos especialmente disponibles – como manifestación, además, de la gravedad del perjuicio ocasionado –; así como (ii) la inexistencia de ningún tipo de intromisión injustificada a la intimidad achacable al proceso penal que impida su enjuiciamiento.

(6).- Si admitimos que tanto la pretensión como la acusación penales conforman los pilares fundamentales, en tanto elementos fundamentales para la apertura, desarrollo y condena de un procedimiento penal contra el presunto autor de un delito, parece claro que cualquier interés en la privatización de la perseguibilidad delictiva debería pasar, cuando menos, por la traslación a la víctima la obligatoriedad de ejercer dicho derecho si su intención es la de conseguir una sentencia condenatoria. Y ello, por cuando que el ejercicio de la acusación privada en el juicio oral, en tanto última fase del procedimiento, es en definitiva la materialización de la afirmación del interés privado del sujeto pasivo por el delito – esto es, el fin último que perseguirían los delitos sometidos a estos requisitos –, al confirmarse tras la fase de instrucción la concurrencia de los presupuestos legalmente exigibles para la persecución y sanción del delito. Así, mientras el Ministerio Público estaría defendiendo el interés público en perseguir el delito, el ofendido estaría haciendo lo propio con los suyos particulares.

En efecto, el ejercicio de la pretensión penal es el ejercicio de la declaración de voluntad por la que se articula la persecución del delito mediante la imposición de una pena sobre la base de un acontecimiento fáctico que vulnera la norma penal, por lo que cualquier delito privado – con independencia de su grado de privacidad – debería de exigir el mantenimiento de la acusación privada hasta el fallo condenatorio²⁴¹. Únicamente mediante la necesidad de la petición privada de la pena sería posible hablar de una

²⁴⁰ Cfr. GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 235 y ss., quien diferencia entre acción y pretensión penal, en el sentido de entender que mientras el ofendido es dueño de la acción penal, mediante la interposición de denuncia o querella, la pretensión penal sería ejercida por el Ministerio Fiscal.

²⁴¹ Así, vid. ASENSIO MELLADO, J. M., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, op. cit., pág. 37 y ss., que entiende la pretensión penal como el presupuesto ineludible para la imposición de la pena, basado en la declaración de voluntad del acusador ejercitada en el escrito de conclusiones definitivas.

verdadera subordinación estatal frente a la víctima del delito, privando así al *ius puniendi* de la posibilidad de condenar pese a la comisión del ilícito.

No debemos olvidar a este respecto que la simple denuncia actualmente exigida en este tipo de delitos no pasa de ser una mera acusación provisional, susceptible de ir variando conforme la instrucción penal vaya determinando el *factum* delictivo y sus presuntos responsables. Y dicha manifestación de voluntad no podrá hacerse definitiva sino hasta el momento de la apertura y celebración del juicio oral, mediante la delimitación del objeto del proceso y, por ende, del ejercicio de la acusación privada a través de las conclusiones definitivas²⁴²; razón por la cual cobra más fuerza aún si cabe la necesidad de que en ese decisivo acto, el ofendido confirme la voluntad la punición del delito.

Pretensión penal y acusación privadas deberían identificarse así con cualquier tipo de delito sometido a una condición de perseguibilidad, básicamente, en tanto pilares y presupuestos ineludibles no sólo para la apertura del procedimiento penal, tal y como lo concibe en la actualidad nuestro Derecho penal – sustantivo y procesal –, sino como elemento imprescindible también para el desarrollo del mismo hasta la sentencia firme.

§ V. 2. 3. - Acusación popular y perseguibilidad de ‘privada’

(1).- Otro de los elementos característicos de nuestro sistema procesal, que tampoco es posible encontrar en el derecho comparado de nuestro entorno, es la figura de la *acusación popular*. Como hemos explicado, el art. 101 LECrim. establece que la acción penal es pública y que todos los ciudadanos podrán ejercerla con arreglo a los principios de la ley – *actio quivis ex populo* –. De ahí que el ejercicio de la acusación de los procesos penales no sea atribuible en régimen de monopolio al Ministerio Fiscal. Antes al contrario, con carácter general, la Ley procesal penal establece que todos los ciudadanos podrán ejercitar la acción popular²⁴³. A su vez, el art. 19 LOPJ, precisa

²⁴² Vid. GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 689, para quien el escrito de acusación sirve para formalizar, con toda su plenitud, la pretensión penal, que quedará definitivamente fijada en las conclusiones definitivas.

²⁴³ Los orígenes de la acción penal popular española se remontan a los de la propia democracia. Por vez primera se instauró durante el “Trienio Liberal” (1820-1823) en la legislación de imprenta con el objeto de que los ciudadanos pudieran perseguir aquellos delitos que pudieran atentar el sistema de libertades.

también que los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercitar la acción popular, en los casos y formas establecidos por la ley, lo que determina que puestos en relación estos preceptos con los arts. 105, 270, 271 y 280 LECrim., el acusador popular debe comparecer en la causa por medio de procurador con poder especial y letrado, sin que pueda serle nombrado de oficio. Además deberán formalizar querrela – art. 270 1º LECrim. – y prestar fianza de la clase y cuantía que el juez determine para responder de las resultas del juicio – art. 280 LECrim., sin que quepa aplicar ninguna de las excepciones contempladas para los ofendidos contempladas en el siguiente art. 281 LECrim. –.

La tutela jurisdiccional en materia penal incluye el ejercicio de la acción penal por los particulares, como consecuencia de lo cual, e independientemente de la que viene encomendada al Ministerio Fiscal que tiene el deber de ejercitar la acción penal como defensor del ya citado principio de legalidad, su ejercicio es atribuido a los propios perjudicados por el delito mediante la llamada acción particular, así como también a todos los ciudadanos, sean o no ofendidos por el delito, a través de la acción popular.

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional tiene declarado que aun cuando en el momento actual no existe duda de que tanto la acción particular como la acción popular integran el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva²⁴⁴, su fundamento constitucional es diferente. Mientras el acusador popular tiene una legitimación derivada del art. 125 de la Constitución y no precisa acreditar ningún tipo de ofensa o perjuicio directo por el delito para que se le reconozca el derecho a ejercitar la acción penal²⁴⁵, la legitimación del acusador particular deriva directamente del art. 24.1 CE, como acabamos de ver, en tanto perjudicado por la infracción penal. La protección en amparo del acusador popular requiere, por ello, que la defensa del interés común sirva

Con carácter ya más general se consagró, tras el triunfo de nuestra Revolución liberal de 1868, en la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, de donde pasó a incorporarse a nuestro Código Procesal Penal o Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente de 1882. Vid. GIMENO SENDRA, V. *La acusación popular*, Revista del Poder Judicial nº 31, septiembre 1993.

²⁴⁴ Entre las más recientes, vid. STC 190/2011, de 12 de diciembre.

²⁴⁵ Adicionalmente, resulta común encontrar en nuestra doctrina otra serie de argumentos diferenciados del ya aludido de democratización de la Justicia como justificación de la subsistencia de la acción popular. Uno de los más frecuentes es sin duda la desconfianza del órgano estatal por su vinculación al Poder Ejecutivo. Vid. LANZAROTE MARTÍNEZ, P.A. *La autonomía del Ministerio Fiscal, de lege ferenda: el fiscal y la reforma del proceso penal*, en *Aspectos fundamentales del derecho procesal penal*, op. cit.

para sostener un interés legítimo y personal²⁴⁶. Por otro lado, la diferencia fundamental estriba en que mientras la acción popular aparece limitada al ejercicio de la acción penal con finalidades estrictamente punitivas o represivas, la acción particular ofrece la posibilidad de acumular adicionalmente la acción civil en aras a la reparación del daño de la indemnización por los perjuicios ocasionados.

El elemento característico de la acusación popular es que cualquier ciudadano, por el mero hecho de estar en la plenitud del goce de sus derechos, puede ejercitarla, sin que tenga que alegar en el proceso la vulneración de ningún derecho, interés o bien jurídico protegido que se encuentre dentro de su esfera patrimonial y moral – arts. 100, 101 y 102 LECrim. –. La acción popular contemplada en el art. 125 CE. viene a asumir dentro del proceso un papel similar al del Ministerio Fiscal. Como advierte el Tribunal Constitucional, la acción popular actúa en defensa de un interés común o general, si bien también sostiene simultáneamente un interés personal, porque, en estos casos, la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común²⁴⁷.

Por su parte, el fundamento es doble. De un lado, la acción popular asume un papel político de participación de la ciudadanía en la labor de la justicia, lo que a su vez ayuda a incrementar la confianza en los Tribunales. De otro, aun cuando la acusación popular nunca podrá llegar a erigirse en único o principal defensor del principio de legalidad, sí llega a suponer una garantía de la aplicación de dicho principio, especialmente en aquellos casos en los que, por las razones que sean, el Ministerio Fiscal pueda mostrar cierto desinterés o dejadez en la persecución de ciertos delitos, como podría suceder en algunos casos de corrupción política, por ejemplo; así, para el caso de falta de ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, el particular siempre tendría la posibilidad de promover la acción de la justicia mediante el ejercicio de la acción popular²⁴⁸. En cualquier caso, el rol de dicha parte siempre deberá estar guiado por la protección de la legalidad y el interés social. Y es que no podemos desconocer en este sentido el enturbiamiento que puede suponer la labor del propio Ministerio Fiscal en función de

²⁴⁶ STC 50/1998, de 2 de marzo.

²⁴⁷ STC 40/1994, de 15 de febrero.

²⁴⁸ Cfr. GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 240, para quien la figura de la acusación popular fue tomada del ordenamiento inglés e instaurada por vez primera en España por la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, respondiendo a un anhelo del legislador de democratizar la justicia penal y a un utópico deseo de convertir en innecesaria la actuación del Ministerio Público, posibilitando que cualquier ciudadano pueda ejercitar la acción pública de la acusación.

las orientaciones políticas de quien ostente la Fiscalía General del Estado, habida cuenta del marcado carácter jerárquico de dicho órgano²⁴⁹.

Ahora bien, el ejercicio de la acusación popular no es absoluto y cuenta con determinadas limitaciones, como su inoperancia en determinados procesos penales, como el militar o el de menores y, probablemente, el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos previsto en los arts. 795 y ss. LECrim., donde, además de no estar expresamente previsto, habida cuenta de la rapidez con que se suceden los distintos actos procesales, parece inviable la posibilidad de ofrecer la personación prácticamente a nadie distinto del Ministerio Fiscal. Tampoco es posible la acusación popular en los procesos por delitos exclusivamente privados²⁵⁰ – calumnias e injurias contra particulares –, ya que en estos casos el ejercicio de la acción penal se reserva en exclusiva al ofendido por el delito *ex* arts. 104 LECrim. y 215 CP. Es el propio art. 125 CE quien admite este tipo de limitaciones al permitir al legislador consentir su participación únicamente en aquellos procesos penales que estime oportuno.

Fruto de esa misma potestad, existen otras restricciones en relación con la acción popular, como las establecidas en los artículos 102 y 103 LECrim., que no afectan a los ofendidos por el delito y, por tanto, sólo son aplicables al acusador popular. Adicionalmente, el legislador tiene previstas una serie de particularidades con objeto de evitar abusos ilegítimos, tales como las ya referidas obligaciones de prestar fianza²⁵¹ y constituir querrela en todos los casos – art. 280 LECrim. –. Huelga decir además que, como no podía ser de otro modo, el Tribunal Constitucional tiene declarado en repetidas

²⁴⁹ Así, para BANACLOCHE PALAO, J. *El futuro de la acción popular: límites*, en *Jornada: La reforma del proceso penal: principios rectores del nuevo sistema de justicia penal para el siglo XXI*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 25 de octubre de 2012, la acción popular vendría justificada tanto por (a) una contribución a la legitimación democrática del Poder Judicial, al ser un instrumento privilegiado de participación del ciudadano en la Administración de Justicia, como (b) un modo de ejercer un control democrático sobre la actuación del Ministerio Fiscal.

²⁵⁰ Así, a favor de la intervención pública de la acusación popular únicamente en los delitos públicos *ex* art. 104 LECrim., vid. GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 241 y ss. Para DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 152, los delitos semipúblicos o semiprivados plantean por el contrario muchas más dudas, v. gr., para el caso de la personación en tal calidad de una asociación cuyo objeto sea la protección de las mujeres víctimas de delitos de violación.

²⁵¹ En la petición de las fianzas deberá regir el principio de proporcionalidad, tal y como se exige por el art. 20.3º LOPJ: “No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular que será siempre gratuita”. En parecido sentido, antes de la entrada en vigor de dicha ley ya se había pronunciado también el Tribunal Constitucional en resoluciones como las SSTC 62/1983, de 11 de julio, o 113/1984, de 29 de noviembre.

ocasiones que el derecho a la acción penal popular no supone en modo alguno un derecho incondicional a la apertura del juicio oral o a la obtención de una sentencia condenatoria, sino únicamente a la apertura del proceso penal en caso de existencia de indicios de delito y la personación en el procedimiento de dicha parte²⁵².

En el resto de delitos sometidos a algún otro tipo de condición de perseguibilidad privada, la doctrina se encuentra dividida²⁵³, y aun cuando no es posible encontrar un consenso en cuanto a la posibilidad de que en estos procesos puedan intervenir acusadores populares, una vez cumplido el requisito de perseguibilidad de la denuncia del ofendido²⁵⁴, lo cierto es que, en consonancia con la particular naturaleza atribuible a estos delitos, tal participación carece de justificación²⁵⁵.

(2).- No cabe ningún tipo de duda de que en los delitos que aquí nos ocupan, la acusación pública depende de la voluntad privada. Mientras esta última no presente la denuncia, el Ministerio Público carecerá de facultades para personarse y actuar en el procedimiento. Además, son contadas las excepciones en las que podrá ejercerse directamente la acusación pública sin tener antes en cuenta los intereses privados del agraviado: únicamente, cuando se vean afectados menores, incapaces, desvalidos; o tras la ponderación de los intereses en presencia, para el caso de los delitos sexuales, cuyo art. 191 admite la posibilidad de que sea el propio Ministerio Fiscal quien interponga directamente la denuncia; o cuando se vean afectados los intereses generales o una pluralidad de afectados – para los casos de delitos contra la intimidad, contra el mercado y los consumidores y societarios –, será posible el comienzo del procedimiento aun sin la interposición de denuncia por parte de la persona agraviada.

²⁵² Vid., por todas, STC 238/1988, de 23 de diciembre.

²⁵³ Vid. STS de 10 de julio de 1995.

²⁵⁴ Vid., entre otros, PÉREZ GIL, J. *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, pág. 433 y ss., quien se muestra a favor de admitir la intervención de acusadores populares en los procesos por delitos semipúblicos. Dicho autor hace referencia también a la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1989, que admitía tal posibilidad. En contra, MONTERO ROCA, J. *Derecho Jurisdiccional III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 112, que entiende que este tipo de procedimientos está cerrado a los no ofendidos por el delito; también BANACLOCHE PALAO, J. *El futuro de la acción popular: límites*, op. cit.

²⁵⁵ Cfr. LIBANO BERISTAIN, A. *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, op. cit., pág. 217, quien entiende que en determinados supuestos de delitos semipúblicos, no existe impedimento para negar la acción popular siempre que la víctima haya denunciado previamente.

Ahora bien, a pesar de esta incontestable dependencia de la voluntad privada, podría parecer que una vez que el agraviado interpone la denuncia, la pretensión se convierte claramente en pública, abriendo la puerta a la intervención del Fiscal o incluso de la acusación popular. Así es, una vez manifestada la persecución del delito, hemos visto que no es necesario que por su parte se lleve a cabo ningún tipo de actuación procesal, pudiendo llevar el Ministerio Fiscal todo el peso de la acusación sin más necesidad que, en su caso, contar con la ratificación de la denuncia por parte del ofendido y de su declaración testifical. Efectivamente, éste no pierde en todos los casos la plena disponibilidad de la pretensión, pues en los denominados aquí delitos *semiprivados*, el agraviado aún preservará la posibilidad de poner fin a la causa otorgando el perdón, si bien en tanto el mismo no sea otorgado rigen los mismos principios que para los delitos públicos. Ahora bien, una vez cumplimentado el requisito de perseguibilidad, el Ministerio Público estará obligado a acusar *ex art.* 105 LECrim., pudiendo hacer lo propio la acusación popular conforme al ya citado art. 101 LECrim., siempre que existan indicios para ello, obviamente.

Todo ello, teniendo en cuenta además que, si bien es cierto que ni el Código penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal permiten expresamente su participación en los procedimientos por delitos *semipúblicos*, tampoco existe ningún tipo de prohibición expresa en este sentido. Aun cuando, como se ha dicho, es indiscutible que nuestra Constitución establece la premisa de que corresponderá al legislador decidir la forma y en los procesos penales en los que será posible el ejercicio de la acción popular, pudiendo haber establecido tal prohibición cuando lo hubiese estimado oportuno.

Sin embargo, nuestra jurisprudencia parece contradecir esta tesis. En efecto, tanto el Tribunal Constitucional²⁵⁶ como el Tribunal Supremo²⁵⁷ se han pronunciado en alguna

²⁵⁶ Vid STC 40/1994, de 15 de febrero: “Fuera de los supuestos de delitos semipúblicos y privados, en los que el ofendido o sujeto pasivo de la acción delictuosa ostenta, por razones de política criminal, el derecho a la no perseguibilidad del delito a través del monopolio del ejercicio de la acción penal, en los demás delitos públicos subsiste, como es sabido, en nuestro ordenamiento la acción penal popular consagrada en el art. 125 de la C.E.”

²⁵⁷ Vid. STS 1045/2007, de 17 de diciembre, a la que más adelante nos referiremos con mayor detenimiento: “(...) Otras limitaciones surgen del Código Penal y excluyen la acción popular: arts. 191 y 296 CP. En todos los casos se trata de limitaciones consideradas por el Legislador adecuadas a las exigencias, a los fines y a los límites del derecho penal. La consecuencia lógica de las limitaciones previstas en la ley es que las personas que carecen del derecho de ejercer la acción penal no pueden invocar el derecho a la tutela judicial efectiva de un derecho del que carecen y que su derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con la obtención de una decisión judicial motivada, que no necesita ser

sentencia en el sentido de no admitir la acción popular en este tipo de casos, en la inteligencia de que tanto en los delitos privados como en los semipúblicos prevalece el interés particular de la víctima sobre el interés del Estado. A pesar de lo cual, es posible no obstante encontrar alguna resolución discrepante de Audiencias Provinciales en las que, no sólo se ha llegado a admitir la intervención de la acusación popular, sino incluso la iniciación del procedimiento penal por su parte²⁵⁸.

En este sentido, es verdaderamente interesante traer a colación la controvertida jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en los últimos años en relación al procedimiento abreviado, y que ha dado lugar a una ingente doctrina científica, conforme a la cual los papeles del Ministerio Público y la acusación popular no son exactamente coincidentes. El supuesto de hecho que dio lugar la conocida como “doctrina Botín”, establecida en el “caso de las cesiones de crédito” por la STS 1045/2007, de 17 de diciembre, planteaba la paradójica situación en la que mientras el Fiscal y la acusación particular – Abogacía del Estado en este caso, por tratarse de un delito contra la Hacienda pública –, habían interesado el sobreseimiento libre de la causa, la acusación popular personada solicitó, y obtuvo del Juez Instructor, la apertura de juicio oral. El problema planteado era por tanto claro: la celebración de juicio oral en contra del interés público, expresado por el Ministerio Público, y del interés particular hecho valer por el perjudicado. Dicho de otro modo: la posibilidad de la supremacía del intereses (públicos) representados por la acusación popular, en contra de los (igualmente públicos) manifestados por el Fiscal y los (privados) del perjudicado.

Ante esta tesitura el Tribunal Supremo, haciendo una interpretación absolutamente inédita y extremadamente restrictiva del art. 782.1 LECrim., que llegó a contar con siete votos particulares – cinco de ellos discrepantes –, afirmaba lo siguiente: “(...) en este sentido es perfectamente plausible que cuando el órgano tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del

favorable al derecho invocado, lo que el auto recurrido cumple.”. Entre la jurisprudencia menor, vid. también, v. gr., AAP de Pontevedra, Sección 2ª, de 18 de enero de 2008.

²⁵⁸ Es el caso de la SAP Madrid, Sección 17ª, de 17 de julio de 2009 recaída en el caso “Tabacalera”, cuyo procedimiento tuvo su origen en la querella interpuesta por una asociación de consumidores y usuarios denominada AUGE. Si bien es cierto que en el comienzo de las sesiones de juicio oral, al plantearse el incumplimiento del requisito de perseguibilidad, la sala procedió a hacer una interpretación excesivamente expansiva de dicho principio, afirmando que dicha entidad tenía “cierta aptitud para configurarse como persona agraviada”, lo cierto es que mientras estuvo personada en el procedimiento lo hizo en su condición de acusación popular en lugar de particular.

interés público tutelado por la ley (art.124 CE) así como el propio perjudicado por los hechos consideran que la causa debe ser sobreseída porque los hechos no constituyen delito, el Legislador no haya querido conferir a la acción popular un derecho superior al de otras partes conjuntamente consideradas. Parece claro que en tales casos las perspectivas de que la acción tenga éxito estarán claramente mermadas, dado que el Fiscal estima que no está comprometido el interés social, en los términos del art. 124.1 CE, y el perjudicado no encuentra razones para mantener su pretensión punitiva basada en un interés particular. Estando satisfecho el interés social y el interés individual del perjudicado por el delito, está también justificado que se adopten medidas de celeridad que, en modo alguno desprotegen el interés social confiado al Ministerio Fiscal ni el interés particular defendido por el perjudicado.”

Tal circunstancia, de hecho, suponía reducir la figura del acusador popular a mero coadyuvante del Ministerio Fiscal o del acusador particular, provocando su desaparición *de facto* como parte acusadora autónoma. Ello provocaba la apertura de una nueva fase en cuanto al entendimiento de las facultades del acusador popular en nuestro ordenamiento, de carácter marcadamente restrictivo. Un planteamiento restringido de las facultades procesales del acusador popular, que entraba por cierto en abierta contradicción con el manifestado por el Tribunal Constitucional hasta la fecha²⁵⁹, que venía sosteniendo una concepción amplia en cuanto a la legitimación para ejercitar la acusación popular.

Sin embargo, tan sólo unos meses después, esta tesis fue matizada por ese mismo Alto Tribunal, en el sentido entenderla únicamente aplicable para supuestos de protección de bienes jurídicos individuales. En este sentido, la STS 58/2008, de 8 de abril, dictada en conocido como “caso Atucha”, aclaraba que la antedicha doctrina no era aplicable en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por falta de personación formal de la acusación particular, concurría únicamente el Ministerio Fiscal junto con la acusación popular. Afirmaba, al respecto la referida sentencia lo siguiente: “La solicitud

²⁵⁹ Cfr. SSTC 311/2006, de 23 de octubre, 8/2008, de 21 de enero, ó 18/2008, de 31 de enero, donde en supuestos de delitos de violencia de género, que permite una intervención amplia de la figura de la acusación popular al admitir como la intervención de las administraciones autonómicas en tal calidad. Así pues, como junto con la línea jurisprudencial restrictiva del Tribunal Supremo coexiste otra expansiva del Tribunal Constitucional, lo cual, aunque cada una de ellas se refiera a aspectos procesales de la acusación popular que son distintos, no deja de suponer una cierta contradicción, al menos en cuanto a la concepción de la propia institución.

de aplicación de la doctrina fijada en nuestra anterior sentencia 1045/2007, exige tomar como punto de partida la diferencia entre el supuesto que allí fue objeto de examen (delito contra la Hacienda pública) y el que ahora motiva nuestro análisis (delito de desobediencia). Y es que sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular. Pero este efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan sólo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral. En tales casos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico. Esa conclusión se obtiene, no ya del contenido literal del art. 782.1 de la LECrim., sino del significado del mismo proceso penal. Éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por una acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal. Y es precisamente en este ámbito (delitos que afectan de modo especial a intereses supraindividuales) en el que se propugna el efecto excluyente, donde la acción popular puede desplegar su función más genuina. Tratándose de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual, es entendible que el criterio del Ministerio Fiscal pueda no ser compartido por cualquier persona física o jurídica, que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público.”; añadiendo además que “El delito de desobediencia por el que se formuló acusación carece, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular. Traducción obligada del bien jurídico tutelado por el art. 401 del CP es que el Fiscal no puede monopolizar el ejercicio de la acción pública que nace de la comisión de aquel delito. De ahí la importancia de que, en relación con esa clase de delitos, la acción popular no conozca, en el juicio de acusación, restricciones que no encuentran respaldo en ningún precepto legal. Como ya expresábamos en nuestra STS 1045/2007, 17 de diciembre, esta Sala no se identifica con una visión de la acción popular como expresión de una singular forma de control democrático en el proceso. La acción popular no debe ser entendida como un exclusivo mecanismo jurídico de fiscalización de la acusación pública. Más allá de sus

orígenes históricos, su presencia puede explicarse por la necesidad de abrir el proceso penal a una percepción de la defensa de los intereses sociales emanada, no de un poder público, sino de cualquier ciudadano que propugne una visión alternativa a la que, con toda legitimidad, suscribe el Ministerio Fiscal.”²⁶⁰

(3).- A la vista de la anterior doctrina, es claro que la acción popular únicamente podrá tener presencia en los procesos por delitos públicos, cobrando especial importancia en aquellos supuestos en los que, dada la naturaleza del delito, y por afectar a bienes jurídicos supraindividuales, no exista posibilidad de personación de ningún tipo de acusación particular. Únicamente en estos casos será donde la figura del acusador popular podrá adquirir mayor virtualidad, como acusación independiente en defensa del interés general.

Si, como sostiene nuestro Tribunal Supremo “sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular”, razón por la cual no cabía el ejercicio de la acción popular en el primer caso planteado, con más razón aún podremos sostener aún que la acción penal carece por completo de sentido en los delitos sometidos a condiciones objetivas de perseguibilidad.

§ V. 3. - Incoherencias de los requisitos de iniciación: denuncia vs. siempre querella

(1).- Con carácter general los principios de legalidad y oficialidad del Derecho penal exoneran a los Jueces de cualquier tipo de formalidad para poder dar inicio a la fase instructora, bastando con la puesta en conocimiento, en general por cualquier medio, de la *notitia criminis* o sospecha de la comisión de un delito. Dicha regla general tiene por excepción sin embargo los procesos por delitos perseguibles a instancia de parte aquí estudiados. Para tales casos, la titularidad que ostenta el ofendido en cuanto a la

²⁶⁰ En relación con la referida doctrina del Tribunal Supremo, vid. GIMENO SENDRA, V. *La doctrina del Tribunal Supremo sobre la acusación popular: los casos “Botín” y “Atutxa”*, La Ley, nº 6970, de 12 de junio de 2008, quien yendo un paso más allá aboga por una restricción del papel de la acusación popular, restringiéndolo únicamente a los supuestos de defensa de intereses supraindividuales, y más en concreto, intereses colectivos o difusos.

perseguibilidad del delito, impone el cumplimiento de determinados requisitos formales²⁶¹.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal admite dos formas de iniciación del procedimiento penal: de oficio y a instancia de parte²⁶². Para el primero de los supuestos, bastará con el anuncio ante la autoridad – Policía, Autoridad Judicial, Ministerio Fiscal, etc. – de la meritada declaración de conocimiento de un delito público para la incoación de las diligencias correspondientes, mientras que el segundo requiere la concurrencia de un interés directo en la persecución del delito ostentando la condición de ofendido o agraviado. La iniciación a instancia de parte podrá darse además en virtud de querrela interpuesta por la acusación popular, en cuyo caso no será exigible tampoco dicho interés o condición de afectado por el delito, si bien dicha sustanciación estará sometida a normas procesales específicas a las que más adelante nos referiremos.

En la práctica, la denuncia de la víctima es en la gran mayoría de los casos el único medio a través del cual el sistema penal puede llegar a tener constancia de la comisión de un hecho delictivo, que dará origen a su vez a la apertura del procedimiento penal. El papel del sujeto pasivo del delito deviene, por tanto, esencial en la persecución penal, pues sin su denuncia las posibilidades de conocer el presunto hecho delictivo por parte del *ius puniendi* será por lo general imposible. Su posterior intervención en el procedimiento es igualmente imprescindible para acreditar el ilícito, no sólo a través de su propia declaración, sino facilitando los medios de prueba indispensables para su investigación. Aun cuando junto con la presentación denuncia y la querrela, nuestra Ley Procesal Penal contempla la iniciación de oficio por parte del Juez Instructor, cuando es a éste a quien directamente le llega el conocimiento de la *notitia criminis*, en la práctica la inmensa mayoría de los procedimientos penales se inician a instancia de parte, por ser ésta, tanto la única persona con un conocimiento directo del delito, como la principal interesada en que el mismo sea perseguido y sancionado.

²⁶¹ GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 256.

²⁶² Así parece deducirse, entre otros, del art. 303 LECrim., que reconoce que la formación del sumario podrá empezar de oficio o a instancia de parte.

La capacidad de incidencia y el control que la víctima va a tener el procedimiento penal con independencia del tipo delictivo ante el que nos encontremos – público o privado –, es, en consecuencia, fundamental. En primer lugar, porque ésta será quien realice una primera evaluación de la trascendencia penal de los hechos y decidir sobre la pertinencia de la interposición de la denuncia, lo que dará lugar a su persecución por esa vía. En segundo lugar, porque su posterior colaboración con la justicia, bien a través del ejercicio de la acusación particular, bien apoyando al Ministerio Público aportando los elementos de prueba necesarios, empezando por su propia declaración, será igualmente clave para el esclarecimiento de los hechos.

Efectivamente, pudiera esgrimirse que cuando estamos ante delitos públicos, existe una obligación legal de denunciar los hechos a todo aquel que presenciare o conociere de su perpetración, por lo que dicho control sería inexistente. No obstante, teniendo en cuenta que las multas previstas por el art. 259 LECrim. se sitúan en la desfasada horquilla de entre 25 y 250 de las antiguas pesetas – que, a lo sumo, en los casos especiales previstos en el art. 262 podrían ascender a entre 125 y 250 pesetas –, la eficacia de dicha obligación es cuando menos cuestionable²⁶³. Sobre todo si tenemos en cuenta que es verdaderamente difícil que este tipo de sanciones, aun siendo irrelevantes, sean impuestas por los Jueces y Tribunales a aquellos particulares, víctimas por lo general, que no hayan denunciado presuntos hechos delictivos. O, cuando menos, que esa obligación legal de trasladar la *notitia criminis* a la autoridad ante la sospecha de la comisión de un posible delito, difícilmente será determinante para que un particular se vea empujado a interponer la preceptiva denuncia ante la autoridad. Posiblemente serán otros factores, como la gravedad del delito perpetrado, la confianza en la Administración de Justicia o la búsqueda de algún tipo de resarcimiento o reparación del daño, los que ejerzan mayor influencia en dicha decisión²⁶⁴.

²⁶³ Así, la efectividad de la obligación común de denunciar únicamente cobrará virtualidad en los supuestos cualificados que afectan a autoridades y funcionarios públicos, que podrían cometer un delito de abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos previsto en los arts. 407 y ss.

²⁶⁴ Vid. FERRERIO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*, op. cit., pág. 300 y ss., para quien en la decisión de denunciar influirán otros muchos factores, como la utilidad de su interposición, las características del delito, las perspectivas sociales, o la situación psicológica subsiguiente a la victimización. De igual modo, podrían influir otras serie de factores que trascenderían dicho deber estrictamente legal, como la percepción de una obligación de carácter cívico, social o de protección a la comunidad; a las que se podrían añadir otras tantas como la búsqueda de una solución al conflicto ocasionado, la necesidad de protección ante una posible repetición del delito o la obtención personal de cierta satisfacción frente a la comisión delictiva, ya sea esta última de carácter moral, económica o de cualquier otro tipo. Por el contrario, entre las razones esgrimidas para no denunciar el delito, al menos en

Así las cosas, y aun cuando los sujetos exceptuados de denunciar son únicamente (a) los impúberes o los que no gocen uso pleno de razón – art. 260 LECrim. –; (b) aquellos unidos al agresor por algún vínculo de parentesco – art. 261 LECrim. –; o los que tengan obligación de guardar secreto profesional – art. 263 LECrim. –, en cuyo caso la presentación de una eventual denuncia es meramente facultativa, lo cierto es que los efectos de la obligación legal contenidos en la LECrim. carecen de toda virtualidad en la práctica.

(2).- En función del tipo de delito ante el que nos encontremos, la denuncia podrá presentarse en alguna de las siguientes modalidades:

(I).- *Denuncia pública oficial*, interpuesta por autoridades y funcionarios, que tienen por obligación poner en conocimiento de la Autoridad Judicial la comisión de un hecho delictivo.

(II).- *Denuncia pública particular*, interpuesta por los particulares, ofendidos o no, que tuvieren igualmente conocimiento de la perpetración del delito. La legitimación la ostenta aquí cualquier persona física aun cuando fuere incapaz, ya que a estas últimas únicamente les alcanza la no obligación de denunciar²⁶⁵.

(III).- *Denuncia privada*, que podrá ser igualmente *oficial* o *particular*, que es la que aquí interesa y la exigida por el legislador para la persecución de los delitos perseguibles a instancia de parte. Para estos casos, el denunciante particular habrá de ostentar los requisitos de capacidad y legitimación; en particular, la legitimación activa será la exigida por cada uno de los delitos sometidos a este tipo de requisitos de perseguibilidad, en tanto ofendido o agraviado por el delito. Adicionalmente, no nos encontramos ante un medio de hacer llegar la *notitia criminis*, como podía suceder con el supuesto anterior, sino ante la manifestación expresa del agraviado de su voluntad de

aquellos casos menos graves, están la desconfianza en los medios oficiales de persecución – por impunidad o ineficacia, entre otras –, perturbaciones sufridas tras la denuncia – pérdida de tiempo, trato desconsideración, necesidad de pasar por múltiples instancias donde repetir los mismos hechos, incomodidad, temor a posibles represalias etc. –, o la consideración del delito como un asunto privado – razón por la cual se busca algún otro tipo de solución que asegure cierto autocontrol sobre el suceso sufrido o, incluso, para preservar la propia intimidad-.

²⁶⁵ Arts. 259, 260 262 y 264 LECrim.

perseguir el delito; es así el ejercicio de un derecho – que no de una obligación, como sí sucede con las anteriores denuncias –, que sin embargo no convierte en parte procesal a la víctima al no ejercer la acción penal. Únicamente la deducción de la pretensión penal a través del ejercicio de la acción penal, convertirá al ofendido en acusación privada.

A diferencia de lo que sucede con la querella, según se desprende del art. 259 LECrim., la denuncia de los delitos públicos implica únicamente la puesta en conocimiento del Juez, Ministerio Fiscal, o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de la perpetración de un delito. La denuncia es por tanto una mera declaración de conocimiento de la existencia de un hecho de apariencia delictiva, no una declaración de voluntad. En los delitos públicos dicha circunstancia no implica ningún tipo de obligación, ni por parte del Instructor hacia el denunciante más allá de determinados derechos de información en un estadio inicial²⁶⁶, ni viceversa – en sentido contrario, el denunciante no asume tampoco ningún tipo de compromiso más allá de la declaración testifical que pudiera efectuar en caso de serle requerida, no estando obligado por tanto a aportar pruebas, actuar en el procedimiento, etc. –.

Por tanto, la interposición de la denuncia no exige ningún tipo de formalismo adicional a la propia comunicación del hecho presuntamente delictivo a la autoridad y de su posterior ratificación. De hecho, el propio art. 265 LECrim. señala que la misma podrá efectuarse tanto por escrito como de palabra, personalmente o a través de mandatario con poder especial, así como que, para el primer caso, será exigible la firma del denunciante o por otra persona a su ruego – art. 266 LECrim. –, y, para el segundo, la

²⁶⁶ El art. 776 LECrim. impone al Secretario Judicial la obligación de informar al ofendido y al perjudicado de sus derechos en los términos referidos en los arts. 109 y 110 LECrim, y, en particular, de las medidas de asistencia y derechos relacionados con el art. 771.1 LECrim, a conocer los actos procesales que puedan afectar a su seguridad – art. 109.4 LECrim. –, así como a conocer la fecha y lugar de celebración del juicio – art. 785.3 LECrim. – y a recibir la notificación de la sentencia aun no habiéndose mostrado parte en la causa – arts. 789.4 y 792.4 LECrim. –, o de la información de su derecho a recibir asistencia jurídica gratuita – arts. 119 CE y 25.5 LOTJ –. Adicionalmente, para casos mucho más específicos, será posible apreciar derechos adicionales, como recibir asistencia médica y psicológica en caso de delitos violentos y contra la libertad sexual, percibir ayudas públicas – art. 15 RD 738/1997, de 23 de mayo, que aprueba el Reglamento de Ayudas a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual –, o la establecida en el art. 15.4 de la L 35/1995, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual: “El Secretario judicial cuidará de que la víctima de un hecho que presente caracteres de delito, en el mismo momento de realizar la denuncia o, en todo caso, en su primera comparecencia ante el órgano competente, sea informada en términos claros de las posibilidades de obtener en el proceso penal la restitución y reparación del daño sufrido y de las posibilidades de lograr el beneficio de la justicia gratuita. Igualmente cuidará de que la víctima sea informada de la fecha y lugar de celebración del juicio correspondiente y de que le sea notificada personalmente la resolución que recaiga, aunque no sea parte en el proceso.”.

formalización de un acta por parte de la autoridad o funcionario que la recibiere, que deberá ser igualmente firmada por el denunciante u otra persona a su ruego – art. 267 LECrim. –. Por su parte, conforme estipula el art. 268 LECrim., en ambos casos será imprescindible hacer constar la identidad de la persona denunciante.

En la práctica, este tipo de exigencias pueden llegar a ser aún más laxas si cabe, habiendo llegado a admitirse por nuestra jurisprudencia la validez de las denuncias anónimas como medio de apertura de investigaciones judiciales, e incluso de la adopción de medidas cautelares de tanta gravedad como órdenes de escuchas telefónicas o de entradas y registros, siempre y cuando hubieran podido corroborarse los indicios de delito presuntamente denunciados a la autoridad por algún otro medio²⁶⁷. De tal modo que incluso una denuncia recibida de forma anónima que, ya sea de forma verbal o por escrito, describa someramente unos hechos con (razonable) apariencia delictiva, puede resultar suficiente para obligar a la autoridad a practicar cuantas diligencias de prueba considere oportunas para su comprobación. Salta a la vista por tanto la facilidad con que es posible promover las diligencias policiales de prevención – que simplemente dejará constancia del atestado de los hechos averiguados, declaraciones e informes y cualesquiera otras diligencias de prueba practicadas –, o, incluso para incoar unas diligencias previas en el seno de un procedimiento penal.

(3).- Por otro lado, la diferencia entre denuncia y querrela es procesalmente relevante. Como acabamos de ver, en la denuncia bastará con poner en conocimiento de la autoridad la perpetración de un hecho constitutivo de delito. Asimismo, mientras el denunciante, afectado o no por la presunta infracción, no tiene obligación de ejercer la acción penal, quien presenta la querrela, además de poner en conocimiento la perpetración del delito, sí manifiesta su expresa voluntad de ejercerla²⁶⁸. Desde esta

²⁶⁷ Vid. entre otras muchas, SSTs 181/2000, de 7 de diciembre, y 1149/1997, de 26 de septiembre, que afirman que una denuncia anónima puede servir de base lícita para iniciar las investigaciones necesarias para constatar la eventual veracidad de lo denunciado, aun cuando, por su propia naturaleza, carece de efectividad alguna como prueba de cargo; también STS 432/2011, de 26 de mayo, que confirma la validez de una entrada y registro en el seno de una investigación penal originada por una denuncia anónima efectuada de forma verbal, cuyo extremo serían posteriormente confirmados por la policía mediante determinadas investigaciones, indagaciones y comprobaciones; o STS 937/2006, de 6 de octubre, que autoriza, en parecido sentido a la anterior, la interceptación de las comunicaciones cuando parte de una denuncia anónima corroborada provisoriamente por otras circunstancias.

²⁶⁸ Cfr. GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 245, para quien la presentación de denuncia implica también el ejercicio de la acción penal.

perspectiva, la querella es un acto de ejercicio de la acción penal²⁶⁹, mediante el cual el querellante asume su cualidad de parte acusadora a lo largo del procedimiento.

Según la literalidad de los arts. 270 y 271 LECrim., la querella puede ser interpuesta por cualesquiera ciudadanos nacionales o extranjero, con independencia de si han resultado ofendidos o no por el delito, así como también por el Ministerio Público. Ello, en parecido sentido a como ya sucediera con las denuncias, nos empuja a establecer la siguiente clasificación sistemática:

(I).- *Querella pública u oficial*, en virtud de la cual es ejercitada la acción pública al amparo del art. 101 LECrim., y que podrá ser interpuesta, bien directamente por el Ministerio Fiscal – art. 105 y 271 LECrim. –, bien por un ciudadano no ofendido por el delito que quiera hacer valer su derecho a la acción popular – arts. 125 CE y 101.2º LECrim. –. Su propósito coincidirá, básicamente, con los fines propios del Derecho penal, esto es, el restablecimiento del ordenamiento jurídico perturbado por la comisión del delito.

(II).- *Querella particular*, interpuesta por cualquier víctima de un delito perseguible de oficio. A diferencia de lo que sucedía con las denuncias, en este caso nos encontraríamos ante un mero derecho en vez de una obligación.

(II).- *Querella privada*, dirigida por el ofendido contra el culpable con la finalidad de obtener su castigo así como, por lo general, el resarcimiento económico del mismo mediante el ejercicio acumulado de las acciones civiles y penales. Ésta es exigida en todo caso para la persecución de los delitos contra el honor y, de forma alternativa a la denuncia privada, para el resto de los delitos aquí estudiados cuando el ofendido quiera ejercitar la acción penal²⁷⁰.

Tal circunstancia en algunas ocasiones puede llegar a ser determinante en la iniciación del procedimiento penal. Un ejemplo claro lo encontramos en las relaciones parentales, donde mientras el art. 103 LECrim. prohíbe, salvo excepciones, ejercer la acción penal

²⁶⁹ Arts. 100 y ss. y 270 LECrim.

²⁷⁰ Cfr. GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 315, que distingue entre las *querellas privadas exclusivas y necesarias* – cuyo ámbito de aplicación serían los delitos contra el honor – y *querellas exclusivas y eventuales* – dirigidas contra el resto de delitos semipúblicos –.

entre cónyuges – art. 103.1º – y ascendentes, descendientes y hermanos por naturaleza o adopción – art. 103.2º –, el artículo 261 LECrim. no impide la interposición de denuncias entre dichas personas. De este modo, la víctima no tendrá la posibilidad de interponer una querrella en este supuesto, aunque sí una denuncia para dar inicio al procedimiento y continuar el mismo ejercitando la acción civil mientras el Ministerio Público hace lo propio con la penal – si bien existen en este sentido opiniones jurisprudenciales contrapuestas²⁷¹ –.

(4).- La querrella es por otro lado un acto de iniciación del procedimiento penal más complejo, al contener mayores requisitos y exigencias. En primer lugar, exige su interposición ante el órgano jurisdiccional correspondiente – art. 272 LECrim. – salvo que nos encontremos ante la comisión de un delito *in fraganti*, de los que no dejen señales de su perpetración, o cuando existiera temor de ocultación o fuga del agresor, en cuyo caso cabría su interposición ante al Juez de instrucción o municipal más próximo, o incluso ante la policía – art. 273 LECrim. –.

Adicionalmente, la presentación de la querrella supone un ejercicio condicionado por la capacidad de ser parte acusadora, que corresponde al Ministerio Fiscal, o a las acusaciones particulares y privadas, ya sea en su condición de ofendidos o agraviados, o incluso en el ejercicio de la acusación popular – arts. 101 y 270 LECrim. –. En el supuesto de ser admitida a trámite, el querellante pasará a formar parte del procedimiento y sujeto a las responsabilidades derivadas de dicho acto, así como sometido, a todos los efectos por él promovidos, al Juez Instructor o Tribunal competente. No obstante, la querrella tiene carácter revocable, pudiendo desistir de la misma en cualquier momento del procedimiento, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de dicho acto – art. 274 LECrim. –, como la imposición en costas por temeridad o mala fe – art. 240.3º LECrim. –.

²⁷¹ En contra, vid. AAP Cáceres, de 8 de octubre de 2008, conforme al cual el art. 103 LECrim. no hace distinción ninguna entre la “legitimación para la denuncia” de los hechos y la “legitimación para la acción penal”, por lo que, en aplicación de dicho precepto, “no (es) posible en los delitos societarios el mantenimiento de la causa sin la denuncia del perjudicado, y ese perjudicado (por ser un hermano) no puede interponerla por prohibición legal del art. 103 L.E.Cr., el M. Fiscal no puede continuar con la acusación por este delito.”. A favor, vid. STSJ Andalucía de 26 de septiembre de 1998, AAP de Barcelona (Sección 5ª) de 19 julio de 2005. Vid también CASTRO, A. *Análisis teórico-práctico de la condición objetiva de procedibilidad en los delitos societarios (especial referencia a la legitimación activa del Ministerio Fiscal)*, op. cit., pág. 50 y 51.

Adicionalmente, y tal y como se desprende con toda claridad de los preceptos que las regulan, mientras en la denuncia basta con limitarse a trasladar el conocimiento de un supuesto delito, la querella exige una mayor concreción en la descripción de los hechos y del cumplimiento de otra serie de formalidades enumeradas en el art. 277 LECrim., tales como la petición de diligencias de prueba, identificación tanto del querellante como del querellado, etc.²⁷²

A mayor abundamiento, mientras las denuncias tienen que ser necesariamente formuladas personalmente o por medio de mandatario con poder especial – artículo 265 LECrim. –, la admisión de la querella requiere poder especial a procuradores otorgado por el querellante, o la ratificación de éste – art. 277.7º LECrim. –. Por otra parte, cuando el perjudicado por el delito se persona durante el procedimiento, tiene también que manifestar su voluntad de constituirse en parte acusadora, venga o no obligado a formular querella – artículos 110, 270 y ss. y 783 LECrim. –.

Pues bien, en consonancia con lo dicho hasta ahora respecto de la acusación privada, y tal y como veremos a continuación, todos estos requisitos adicionales que determinan la diferencia entre querella y denuncia son los que aconsejan que la exigencia de querella debiera de ser consustancial a la iniciación de cualquier delito perseguible a instancia de parte.

(5).- Así es, en los delitos perseguibles a instancia de parte, las connotaciones de la denuncia y la querella varían, pues los requisitos citados hasta ahora se refuerzan en cierto modo. Empezando por los aquí denominados delitos *semipúblicos*, *semiprivados*

²⁷² Art. 277 LECrim.: “La querella se presentará siempre por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado.

Se extenderá en papel de oficio, y en ella se expresará:

El Juez o Tribunal ante quien se presente.

El nombre, apellidos y vecindad del querellante.

El nombre, apellidos y vecindad del querellado.

En el caso de ignorarse estas circunstancias, se deberá hacer la designación del querellado por las señas que mejor pudieran darle a conocer.

La relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se ejecute, si se supieren.

Expresión de las diligencias que se deberán practicar para la comprobación del hecho.

La petición de que se admita la querella, se practiquen las diligencias indicadas en el número anterior, se proceda a la detención y prisión del presunto culpable o a exigirle la fianza de libertad provisional, y se acuerde el embargo de sus bienes en la cantidad necesaria en los casos en que así proceda.

La firma del querellante o la de otra persona a su ruego, si no supiere o no pudiese firmar, cuando el Procurador no tuviere poder especial para formular la querella.”

o *cuasipúblicos*, al exigirse para estos casos la previa interposición de denuncia por parte del perjudicado y, por tanto, el único medio para iniciar un procedimiento penal contra el agresor, más que ante una simple transmisión de unos hechos de apariencia delictiva, nos encontraremos ante una declaración de voluntad de perseguir el delito²⁷³. De ahí que el órgano jurisdiccional no esté facultado para iniciar el procedimiento hasta que el ofendido manifieste su expresa voluntad de perseguir y sancionar el delito.

No obstante, lo anterior no deja de ser una mera formalidad, pues realmente las particularidades de estos delitos no implican ningún tipo de obligación más allá de la ratificación de la denuncia y la declaración en condición de testigo, en su caso, debiendo asumir el Ministerio Fiscal el peso del procedimiento a que pudiera haber dado lugar dicha denuncia, sin perjuicio de que el denunciante se constituya en forma en parte, en lo que viene a denominarse *traspaso de persecución y situación de interviniente adhesivo*²⁷⁴. La interposición de la denuncia implica por tanto un ejercicio del derecho a la persecución del delito que el sistema concede a este tipo de ilícitos, así como el mero cumplimiento formal del requisito de perseguibilidad exigible para su persecución en el ámbito penal. De hecho, con posterioridad a la interposición de la denuncia, aún faltaría la personación previo ofrecimiento de acciones por la autoridad judicial, para poder erguirse en acusación privada.

Dicha declaración podrá tener a su vez un efecto distinto según el delito ante el que nos encontremos, pues en función de si éste admite el perdón del ofendido, dicha declaración podrá ser considerada revocable. Por el contrario, si el control de la víctima sobre el procedimiento no llegase a tal extremo, la declaración de voluntad sería inalterable, pudiendo continuar el Ministerio Fiscal con la persecución del delito aun en contra de la pretensión del ofendido. En este caso, el desistimiento o renuncia únicamente podría traer consecuencias en el ámbito de la acción civil de resarcimiento.

Ahora bien, en cualquier caso lo cierto es que el cumplimiento de tal requisito ha sido suavizado al máximo por nuestro Tribunal Supremo, que tradicionalmente viene reconociendo que la falta del requisito de perseguibilidad es incluso subsanable a lo largo del procedimiento. Así, el criterio jurisprudencial acerca del nivel de exigencia

²⁷³ FERRERIO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*, op. cit., pág. 294.

²⁷⁴ Vid. SAP Madrid, Sección 1ª, de 8 de junio de 2011.

con arreglo al cual puede tenerse por cumplido el requisito de denuncia es notablemente amplio y susceptible de convalidación mediante la posterior actuación de la parte o partes perjudicadas: “En exigencia de este requisito la Jurisprudencia de esta Sala ha declarado que basta la presencia en la causa del agraviado o de su representante legal para tenerlo por cumplido, esto es, la persecución en la causa de las personas que pueden activar el proceso penal supone la voluntad de perseguir un hecho delictivo que afecta al perjudicado o a su representado. (SSTS 10.2.93, 19.10.94, 7.3.96). / En consecuencia con lo anterior no es posible desconocer la reiterada doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional, en relación con la posibilidad de subsanación de defectos procesales, que considera, desde la perspectiva constitucional que los requisitos procesales no tienen sustantividad propia, sino que constituyen medios orientados a conseguir ciertas finalidades en el proceso, de forma que sus eventuales anomalías, cuya valoración corresponde a los órganos judiciales, no pueden, sin embargo, ser convertidas en meros obstáculos formales impeditivos de una respuesta judicial o de la continuación del proceso. Por ello resulta obligada una interpretación presidida por un criterio de proporcionalidad entre la finalidad y entidad real del defecto advertido, y las consecuencias que de su apreciación pueden seguirse para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, perspectiva que favorece, por tanto la subsanación del defecto siempre que sea posible ya que si bien del art. 24 CE . no cabe deducir la imposición de un trámite de este tipo, si impide este precepto la clausura de un procedimiento por defectos que pueden subsanarse sin perjuicio para otros derechos o intereses.”²⁷⁵

²⁷⁵ STS 1276/2006, de 20 de diciembre; en parecido sentido, vid. SSTS 709/2000, de 19 de abril y de 25 de octubre de 1994. Entre la jurisprudencia menor, vid. además SAP Madrid, Sección 1ª, de 8 de junio de 2011 y SSAP Barcelona, Sección 10ª, de 23 de marzo de 2006 y 16 de enero de 2004. Especialmente destacable resulta la STS 1219/2004, de 10 diciembre, que afirma que “(...) la previa denuncia es un requisito de procedibilidad para la persecución de determinados delitos (como efectivamente sucede en este caso), cuya inexistencia es convalidable. Es decir, no se trata ya de convalidar la previa denuncia formulada en nombre del ofendido por el procurador con poder general mediante el acto de ratificación posterior, sino de admitir la subsanación de la omisión de denuncia cuando constituye un requisito de procedibilidad para proceder por determinados delitos. La falta de denuncia es un vicio de simple anulabilidad susceptible de convalidación mediante la posterior actuación de la parte o partes perjudicadas y esta convalidación se admite incluso cuando aquéllas comparecen en el curso del procedimiento ya iniciado, colaborando en la investigación judicial al ofrecer datos precisos para el esclarecimiento de los hechos sin mostrar reparo alguno a la continuación del proceso en respuesta al ofrecimiento de acciones que se le hace en la causa”. Vid. también Circular FGE 2/1996, de 22 de mayo, sobre el régimen transitorio del nuevo Código penal, pág. 9: “La subsanación se puede llevar a cabo llamando al perjudicado a tales fines. Su oposición a que continúe el proceso se traducirá en la necesidad del sobreseimiento por ausencia de un requisito de procedibilidad. En otro caso éste deberá entenderse cumplido. Conviene recordar aquí a estos efectos la flexibilización del requisito de la denuncia previa que ha caracterizado desde antiguo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo: las actuaciones posteriores de la víctima, tales como la declaración sumarial (sentencia de 29 de mayo de 1963), el escrito de calificación (sentencia de 19 de diciembre de 1974), o su mera no oposición a la prosecución del proceso ante el

Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente en relación con la acusación privada, así como de la necesidad de exigir al ofendido o agraviado por el delito el ejercicio de la pretensión penal – por ser la auténtica declaración voluntad por la que articularíamos la persecución – la exigencia de simple denuncia resulta a todas luces insuficiente, siendo recomendable el ejercicio de la acción penal mediante la presentación de querella. No nos oponemos sin embargo a la posibilidad de subsanar este defecto lo largo del procedimiento, que en caso contrario podría llegar a entorpecer en exceso la persecución del delito.

Si, de un lado, la diferencia fundamental entre la denuncia y la querella reside en que en esta segunda, además de poner en conocimiento un determinado hecho, el querellante está obligado a una mayor concreción tanto fáctica como subjetiva en cuanto a la identificación de los presuntos responsables; y si, para un adecuada perseguibilidad de los delitos privados debiera ser exigible el ejercicio de la pretensión, materializada en última instancia en el trámite de conclusiones definitivas en el juicio oral, salta a la vista la necesidad también de comenzar el procedimiento mediante la interposición de la correspondiente querella. Las razones son claras. En primer lugar, porque al obligar al querellante a una mayor concreción, estaríamos reforzando su voluntad respecto de la persecución de un hecho concreto con apariencia delictiva, cometido igualmente claramente determinadas (siempre que sea posible, obviamente). En segundo lugar, porque únicamente mediante la exigencia de querella estaríamos obligando a aquél a iniciar las acciones penales en orden a sancionar tal ilícito comportamiento.

En efecto, dado que la denuncia es una mera notificación a la autoridad de unos hechos de apariencia delictiva, que deberán concretarse conforme avance la instrucción penal, y sin necesidad de identificar al presunto autor del delito, es claro que el requisito casa mal con la supuesta finalidad de esta particular privacidad del Derecho penal. Si el propósito de este régimen de perseguibilidad es asegurarse o, mejor dicho, obligar al ofendido de dejar constancia expresa de la voluntad de perseguir y sancionar una conducta ilícita llevada a cabo por determinada persona, sin duda alguna la

ofrecimiento de acciones (sentencia de 2 de octubre de 1975) o al conocer la pendencia de la causa (sentencias de 1 de diciembre de 1958, 7 de junio de 1968, o 18 de noviembre de 1975) sirven para convalidar la ausencia de denuncia”.

interposición de querella privada ayudará mucho mejor a la consecución de tal fin (a) porque obliga a una mayor concreción de los hechos y a la identificación, siempre que sea posible, de su responsable; y (b) porque el ejercicio de la pretensión penal obliga igualmente a confirmar definitiva esa voluntad en el acto del juicio oral.

(6).- Frente a lo anterior, la exigencia de querella privada como requisito ineludible para la apertura del procedimiento únicamente es exigible, empero, únicamente en los delitos contra el honor. Aquí no cabe ni tan siquiera la posibilidad de personación en un procedimiento iniciado por otro ofendido, siendo éste el presupuesto de iniciación del mismo so pena de nulidad del mismo²⁷⁶. Dicha querella se encuentra a su vez sometida a otras dos condiciones de procedibilidad, como lo son el acto de celebración del art. 278 LECrim. – aun siendo éste fallido²⁷⁷ –, y por otro lado, para el caso de injurias o calumnias vertidas en juicio, a la previa obtención de licencia del Juez o Tribunal que conociere o hubiere conocido²⁷⁸. Dejando de un lado otras consideraciones, esta exigencia encuentra su fundamento, además, en que el ofendido está obligado a ejercitar la acusación particular en solitario, teniendo que asumir por tanto todo el peso de la acusación. No resulta suficiente por tanto con la presentación de denuncia, pues aquí el Ministerio Fiscal no va a tener ningún tipo de intervención, sino que se hace obligado a interponer querella que implica a su vez el ejercicio de la acción penal.

Así es, el hecho de que en las injurias y calumnias sea únicamente el ofendido quien mantenga el impulso procesal del procedimiento, junto con el hecho de que dicho acusador privado no se encuentra sujeto a los principios de legalidad y oficialidad propios del proceso penal, hace posible que éste mantenga en todo momento el pleno control sobre el procedimiento, pudiendo decidir sobre su terminación mediante la figura del desistimiento prevista en el art. 274 LECrim. Es por ello que, cuando hablamos delitos privados *stricto sensu*, el procedimiento penal se encuentre sujetos a

²⁷⁶ FERRERIO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*, op. cit., pág. 274.

²⁷⁷ Vid. además art. 804 LECrim. (“No se admitirá querella por injuria o calumnia inferidas a particulares si no se presenta certificación de haber celebrado el querellante acto de conciliación con el querellado, o de haberlo intentado sin efecto.”) y ss. Los actos de conciliación se regulan a su vez conforme a lo establecido en los arts. 460 y ss. de la anterior LEC 1881, en vigor conforme a la Disposición Derogatoria Única 2º de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

²⁷⁸ No obstante, al amparo del art. 278 2º LECrim., cabe la posibilidad de “practicarse, sin este requisito, las diligencias de carácter urgente para la comprobación de los hechos o para la detención del delincuente, suspendiéndose después el curso de los autos hasta que se acredite el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior.”

principio más propios del proceso civil como lo son los de justicia rogada e iniciativa de parte²⁷⁹. De ahí también que no tenga mucho sentido la referencia expresa que se hace en el art. 215.3 en relación con el perdón del ofendido, por innecesaria, habida cuenta de que el mero desistimiento debería ser suficiente para la no continuación con la causa. Todo ello, tiene importantes consecuencias tanto para el procedimiento como para la propia Administración de Justicia. Empezando por esta última, es claro que al obligar al perjudicado a interponer querella y a personarse en la causa ejerciendo la acción penal, descarga y abarata en mucho la labor de la justicia, al no exigir la presencia del Ministerio Público, empujando al querellante el peso de toda la acusación.

Por lo demás, habida cuenta de que en este tipo de procedimientos el Fiscal no va a tener participación ninguna – y con independencia de las críticas ya expuestas por tal motivo –, está perfectamente justificada la necesidad de interponer querella por parte del ofendido, obligándole así al ejercicio de la necesaria acción penal para perseguir el delito. Así como también a la cumplimentación de esa mayor concreción de los hechos y cumplimiento de formalidades a las que hemos hecho referencia. Siendo el particular el único que va a ejercer la acusación en este procedimiento, es inevitable este un mayor esfuerzo en perseguir el delito.

(7).- Por lo que respecta al resto de los delitos perseguibles de oficio, donde lamentablemente, basta con la interposición de denuncia, y como ya hemos tenido ocasión de ver *supra*, en alguna ocasión se ha llegado a plantear en sede de tramitación parlamentaria la posibilidad de exigir la interposición de querella en vez de denuncia en este tipo de delitos. Es el caso de los delitos societarios, donde en proyectos previos a la redacción definitiva del vigente Código penal, como el de 1992. No obstante, la regla general ha sido siempre la de exigencia de denuncia, como manifestación expresa del particular de perseguir el delito, pero no el ejercicio de la acción penal por su parte, que en todo caso va a ser llevada a cabo por el Ministerio Fiscal.

Algunos autores han llegado a apuntar que la decisión de exigir denuncia en vez de querella pudo deberse a la voluntad del legislador de facilitar la persecución de este tipo de delitos a las personas agraviadas, no obligándoles a soportar los gastos inherentes a

²⁷⁹ Vid. FERRERIO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*, op. cit., pág. 273.

la redacción e interposición de la querella²⁸⁰. Sin embargo, las consecuencias de la interposición de la querella habrían ido mucho más allá de dichos gastos económicos, como decimos, al exigirse el ejercicio de la acción penal en el procedimiento. Tal circunstancia habría supuesto implicaciones, por tanto, mucho más acordes con la naturaleza que se ha pretendido dar a este tipo de ilícitos.

La cuestión relativa a los costes del procedimiento, no hubiera resultado óbice en cualquier caso para que un ofendido sin suficientes recursos hubiera podido presentar la oportuna querella. Para estos casos, la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Gratuita, ya prevé en su art. 6.3 – derivada también del art. 110 LECrim. – la posibilidad de recurrir a un abogado de oficio para que asuma la representación procesal en tanto acusador particular en la causa. De tal modo que, la exigencia de querella no debiera de suponer en todo caso mayores desembolsos económicos que los que, de hecho, deberá afrontar el imputado o acusado en la causa²⁸¹.

(8).- Finalmente, en cuanto a la exigencia de querella al Ministerio Fiscal en el caso de los delitos contra la libertad sexual: si, como parece deducirse de la literalidad del tipo, tal exigencia responde únicamente a la necesidad de este órgano de ponderar los intereses en presencia, y, por ende, de justificar la solicitud de la apertura del procedimiento penal, aun sin la denuncia de la persona agraviada, hubiera sido suficiente no obstante con la concreción de esa exigencia en la propia denuncia.

En efecto, como hemos dicho, las diferencias entre denuncia y querella son muchas y muy variadas, que van desde la exigencia de una mayor concreción de los hechos, al

²⁸⁰ CASTRO MORENO, A. *Análisis teórico-práctico de la condición objetiva de procedibilidad en los delitos societarios (especial referencia a la legitimación activa del Ministerio Fiscal)*, op. cit., pág. 50.

²⁸¹ A este respecto, vid. ROSAT JORGE, F. *La justicia gratuita. Guía del abogado de oficio* (junto con otros autores), 2ª Ed., Fundación LEX NOVA, Valladolid, 2010, pág. 25 y ss. Aun cuando, dejando de un lado los procedimientos por violencia de género – donde el art. 20 de la Ley 1/2004 de 28 de diciembre prevé expresamente la asistencia jurídica a las víctimas –, existe jurisprudencia – como el Auto de la AP Valladolid de 20 de mayo de 2005 – que cuestiona la posibilidad de que el abogado de oficio asista a la víctima carente de medios habida cuenta de que la función acusadora la ejerce el Ministerio Fiscal de manera primordial, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE en su vertiente del acceso a la jurisdicción, reconocido expresa por nuestro Tribunal Constitucional (por todas STC 21/2005, de 1 de febrero), así como los derechos de defensa y asistencia letrada ex art. 24.2 CE, así como el art. 119 CE que reconoce el derecho a la gratuidad de la justicia, el art. 110 LECrim. y el art. 6.3 de la Ley Justicia Gratuita, amparan a toda persona que reúna los requisitos exigidos a poder disponer de un abogado de oficio, incluso, para ejercer la acusación particular en un procedimiento por delito de oficio. Para los casos de delitos privados, no obstante, no existen tantas dudas en cuanto al derecho a dicha asistencia habida cuenta de la necesidad de la interposición de denuncia o querella por parte de la víctima para poder perseguir el delito.

ejercicio de la acción penal o, incluso, la cumplimentación de una serie de formalidades como lo es la aportación de poder con cláusula especial. No obstante, entre los requisitos de la querella no se encuentra la justificación del ejercicio de la acción penal y, a la vista de la gravedad del delito ante el que nos encontramos, no resulta adecuado poner a la Fiscalía trabas excesivas para su persecución. Hubiera sido suficiente, por tanto, con la interposición de simple denuncia justificando la necesidad de la persecución del delito aun sin la aquiescencia expresa de la víctima.

§ V. 4. - Desistimiento: perdón y su necesaria aplicación extensiva

(1).- Entre las causas de extinción de la responsabilidad criminal, el Código penal admite como presupuesto de hecho el perdón del ofendido en determinados casos. Aun cuando la redacción del anterior Código penal de 1973 extendía la excepción, en principio, a los delitos que “sólo pueden ser perseguidos mediante denuncia o querella del agraviado, salvo disposición contraria de la Ley” – art. 25 –²⁸², en la práctica esta excepción era únicamente aplicable a los delitos y faltas contra el honor – arts. 467 y 586 –, y de abandono de familia, previa escucha en este último caso al Fiscal y aprobación del Tribunal competente – art. 487 –; quedando expresamente prohibida su eficacia en los atentados contra la libertad sexual – art. 443 –, y limitada en los delitos cometidos contra menores e incapacitados, donde el Tribunal tenía facultad de ordenar la continuación o la ejecución de la condena – arts. 25 y 112.5º –. Con posterioridad, el art. 130.5º del vigente Código punitivo admitió también esta excepción, inicialmente siempre que fuera otorgado antes de la ejecución de sentencia, si bien desde la reforma de la LO 15/2003, se requiere que éste sea acordado de forma expresa antes de dictar sentencia, manteniéndose igualmente la limitación en cuanto al perdón en supuestos de incapaces y menores. Cuando hablamos de delitos públicos, obviamente habrán de tenerse en cuenta los intereses estatales o sociales, al no ser posible dejar en manos privadas el control de las consecuencias de intereses igualmente públicos o comunes.

²⁸² Vid. al respecto ALONSO RIMO, A. *Los efectos extintivos del perdón del ofendido. Un análisis interpretativo de su regulación legal en los Códigos 1973 y 1995*, en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. I., Universidad de Valencia, 1998.

La redacción actual del tipo, una vez más, carece de la homogeneidad exigible en la medida en que, mientras en el art. 639 extingue en las faltas la “acción penal o pena impuesta”; en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, contra el honor, y daños imprudentes y faltas, tras la reforma operada por la LO 5/2010 los arts. 201.3, 215.3 y 267 extinguen la “acción penal” pero no la pena. Adicionalmente, los efectos extintivos pretendidos por los antedichos preceptos, discuerdan de los afirmados por el art. 130.5°.

En efecto, mientras el art. 130.5° hace referencia a la extinción de la responsabilidad en la propia sentencia – “(e)l perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla” –, resulta en cambio que los arts. 639, 201 y 267 están haciendo una clara alusión a la finalización anticipada del procedimiento. Si la actual redacción del art. 130 exige otorgar el perdón antes de sentencia, y los efectos de los meritados preceptos conllevan a la extinción de la acción penal, parece claro que están pensando, más que en la necesidad de dictar sentencia, en el sobreseimiento de las actuaciones, o incluso en no iniciar el procedimiento si el perdón fuese otorgado con anterioridad. Probablemente la reforma propiciada por la LO 5/2010, en lo que respecta a la supresión de la referencia a la extinción de la responsabilidad criminal, tenía por objeto mejorar la técnica legislativa, pero aun así sigue sin tener demasiado sentido que el art. 130 continúe extinguiendo la responsabilidad en estos supuestos, si las consecuencias previstas por cada delito son que la pena no llegue a imponerse nunca²⁸³.

(2).- Ahora bien, en consonancia con lo expuesto hasta el momento, y en la inteligencia de que, como hemos venido sosteniendo, la perseguibilidad privada debería ir unida siempre al ejercicio de la acción durante toda la vida del procedimiento penal, entendemos que, si bien en la actualidad los efectos extintivos únicamente pueden venir por la vía del perdón del ofendido, éste debiera resultar innecesario, al estilo de lo que sucede actualmente con los delitos de injurias y calumnias.

Así es, aun cuando para los delitos contra el honor, el art. 215.3 admite la extinción de la acción penal a través del perdón, dado que la acción que ejerce el querellante en

²⁸³ Así lo entendió la FGE en su circular 1/2005, pág. 58 y ss.

exclusiva es un derecho renunciable *ex arts.* 106 y 274 LECrim., lo cierto es que en realidad aquélla es una excepción innecesaria. Bastaría con la renuncia a la referida acción, en cualquier momento del procedimiento, para que éste sea archivado o termine con sentencia absolutoria, en su caso. Y lo mismo debiera suceder para el resto de delitos perseguibles de oficio. En la medida en que sería mucho más eficaz la exigencia del ejercicio de la pretensión penal hasta el final del procedimiento, cualquier renuncia o desistimiento respecto de la misma implicaría automáticamente la finalización anticipada del procedimiento sin posibilidad de condena para el agresor, bien mediante el sobreseimiento de las actuaciones, bien mediante una sentencia absolutoria para el caso de no solicitar ningún tipo de condena en el momento de conclusiones definitivas.

Si la persona agraviada, única legitimada para denunciar el delito, estima que una vez iniciado el procedimiento se dan circunstancias que aconsejan la no continuación en esa persecución, bien porque se llegue a un acuerdo con los posibles responsables, o incluso porque la víctima estima por alguna otra razón la innecesaridad de continuar con el procedimiento penal – v. gr., porque avanzada la investigación los hechos han quedado suficiente aclarados –, ello debería conllevar el automático archivo de las diligencias dada la especial disponibilidad del delito enjuiciado. De este modo, no ya la eficacia del perdón del ofendido admitida en los delitos *privados* y *semiprivados*, sino incluso el mero desistimiento, renuncia o apartamiento de la acción, debiera extenderse también a los *semipúblicos* y *cuasipúblicos*.

Dicha opinión, compartida en ciertos sectores jurisprudenciales que han llegado a otorgar eficacia al desistimiento en determinados casos²⁸⁴, se contradice en cambio con

²⁸⁴ Nuestra jurisprudencia se encuentra dividida a este respecto. Es posible encontrar sentencias que se muestran a favor de aceptar el desistimiento del denunciante como medio para conseguir el archivo prematuro del procedimiento, pero la doctrina mayoritaria sostiene una posición contraria. Vid., entre las primeras, SAP Almería, Sección 3ª, de 5 de Mayo 2003, que se postula a favor del archivo tras la renuncia del querellante en relación con un procedimiento penal seguido por determinados delitos societarios, aun cuando éstos no admiten el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad criminal. Ello, aun cuando este tipo de delitos son de los que gozan de un mayor componente de publicidad al ostentar el Ministerio Fiscal mayores facultades de actuación. Cfr. SAP Córdoba de 24 de marzo de 2003: “si bien el art. 228 del CP señala que los ‘delitos sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada’, ello no es extrapolable a lo dispuesto por el art. 106.2 LECrim. a cuyo tenor la acción penal para la persecución de los delitos que no pueden ser perseguidos sino a instancia de parte se extingue por renuncia de la persona agraviada, pues no es lo mismo la persecución a instancia de parte que la persecución ‘previa denuncia de parte’, el primero de tales términos mantiene en efecto, en poder de la parte el control de la acción penal a lo largo de todo el procedimiento penal, correspondiendo a la misma la instancia de su prosecución (son los casos de delitos sólo perseguibles previa querella del ofendido, en los que, consecuentemente, no interviene el M.F., ni en la instrucción, ni

la sostenida, entre otras, por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia recaída en el “caso CESID”, donde se planteaba una cuestión similar. En este caso, habida cuenta de que el juicio oral tuvo que volver a repetirse a raíz de la interposición de determinado recurso de amparo, así como que en esta segunda ocasión se retiraron o desistieron todas las acusaciones a excepción de la sostenida por el Ministerio Público, dicha resolución afirmó, en relación con el requisito de perseguibilidad del delito contra la intimidad enjuiciado que “el hecho de no haber acabado interviniendo quienes fueron los originales denunciantes y que, con el tiempo, se constituyeron en acusación – particular o popular o incluso actor civil – no impide llegar a la situación en la que nos encontramos porque, en los delitos semipúblicos, la eventual renuncia de la persona ofendida no impide la subsistencia de la acción sostenida por el Ministerio Fiscal²⁸⁵. Nótese a este respecto que, aun cuando el delito contra la intimidad del art. 197 objeto de dicha causa admite la eficacia del perdón del ofendido, el Tribunal se negó a archivar la causa habida cuenta de que lo que se había producido era un simple desistimiento.

Sin duda alguna, interpretaciones tan rígidas como la expuesta, resultan contrarias a la propia naturaleza de los delitos. Si la esencia de los delitos de naturaleza privada o

en el juicio, dados los estrictos intereses personales que en tales tipos se protegen) pero, en el presente caso, al igual que acaece en un gran número de delitos, denominados por la doctrina ‘semi-públicos’ lo único que queda a la disponibilidad de la partes es la iniciación o no del procedimiento que podrá así iniciarse por simple denuncia (e incluso cuando la persona agraviada sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida podrá denunciar también el M.F., intervención por tanto, no subordinada a la falta de representación legal, ni planteada de forma subsidiaria) siendo, una vez interpuesto ésta irrelevante la renuncia a la acción penal por la agraviada, pues la persecución de los delitos sólo pende de la iniciativa privada en el inicial momento de presentar o no por los hechos la necesaria denuncia, asumiendo, una vez interpuesta ésta el M.F. el deber de impulsar la persecución de los delitos, que queda así abstraído de la disponibilidad subsiguiente de la parte. Este criterio ha sido mantenido por esta Audiencia Córdoba, sección 2ª, s. 11-12-91, 17-9-96, señalando que en estos delitos semipúblicos la previa denuncia es una condición objetiva de la propia infracción y un presupuesto para la viabilidad del mismo proceso. La legitimación por ello implica la determinación de a qué persona confiere la Ley el poder de disposición mediante el cual, en estos casos, el procedimiento penal se posibilita como acto de voluntad por el que se hace desaparecer el impedimento para proceder, pero una vez presentada la denuncia por los personas legitimadas, la consecuencia inmediata es el inicio del proceso penal, con lo que la doctrina alemana denominada «traspaso de persecución» al poder entrar ya entonces el M.F. en el proceso, haciéndose cargo el Estado, a través de él, del mismo, mientras el denunciante se retira a la situación de interviniente adhesivo, pudiendo o no constituirse en parte”. Vid también SAP Madrid, Sección 2ª, 155/2004, de 4 de abril de 2005. Al respecto, nuestro Tribunal Supremo viene estableciendo jurisprudencia verdaderamente diversa, pudiendo destacar, a título meramente ejemplificativo, la STS de 1 de febrero de 1995, que no admite dicha figura en casos de ofendidos menores de dieciocho años, siendo preceptivo el informe favorable del Ministerio Fiscal; de 9 de octubre de 1992, que negaba tal eficacia en los anteriormente conocidos como abusos deshonestos; o de 22 de enero de 2010, que reconoce que “el simple perdón verbal de la familia del difunto (...) no puede tener trascendencia a efectos de concurrencia de la concurrencia la atenuante de reparación.”

²⁸⁵ SAP Madrid, Sección 2ª, 155/2004, de 4 de abril de 2005.

semiprivada es el sometimiento del interés particular de la víctima a los generales del *ius puniendi*, admitir la posterior continuación del Ministerio Fiscal pese a las reticencias de la víctima supone, cuando menos, un contrasentido difícilmente justificable.

(3).- Adicionalmente, uno de los argumentos esgrimidos para justificar la ineficacia del perdón del ofendido es evitar los posibles chantajes hacia la persona agraviada²⁸⁶. De ahí, v. gr., que delitos como aquellos que atentan contra la libertad sexual no admitan tal beneficio, para evitar que una vez denunciado el hecho delictivo por la víctima, ésta no pueda ser objeto de presiones en orden a desistir de la acción. Ahora bien, ante tales circunstancias es de señalar que el Juez dispone de determinados elementos para rechazar dicho perdón en casos de entender que el perdón viniese motivado por la existencia de ese tipo de presiones o chantajes. De entrada, porque dicho acto podría ser declarado nulo *ex arts. 238 y 239. 2 LOPJ* por tratarse de actos de las partes o de personas producidos bajo intimidación o violencia²⁸⁷.

En cualquier caso, habida cuenta de que éstos podrían sucederse antes incluso de la interposición de la denuncia, la solución alcanzada respecto de la ineficacia del perdón no es completamente satisfactoria. Máxime teniendo en cuenta que, aun cuando el Código penal no admite el perdón del ofendido, lo cierto es que la propia víctima en no pocas ocasiones tendrá posibilidad de forzar un eventual archivo o sentencia absolutoria, aun cuando el delito se hubiere efectivamente perpetrado, mediante actuaciones tales como retirar la denuncia o la acusación, matizar el sentido de la declaración, o, en definitiva, adoptar una posición mucho más pasiva que impida al Ministerio Fiscal, primero, y al Juez después, obtener elementos de convicción suficientes para sostener una condena.

Adicionalmente, también se ha sostenido, v. gr., que en los delitos de abandono de familia o impago de pensiones la inoperancia del perdón residiría ahora en la evitación de que una eventual denuncia pudiera ser presentada con fines maliciosos tales como forzar una negociación en un proceso de divorcio para así obtener unas mejores

²⁸⁶ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *Consideración jurídico penal del, así llamado, abandono de familia*, op. cit., págs. 85 y ss.

²⁸⁷ Vid. también STS de 13 de julio de 1988, que reconoce que el Juez podrá denegar el perdón si atisbase algún tipo de vicio en el consentimiento.

condiciones económicas en el convenio regulador. Sin embargo, el Código penal ya prevé mecanismos de defensa para este tipo de actuaciones, como lo es el delito de presentación de denuncia falsa.

(4).- No obstante lo expuesto, sí resulta coherente lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 130.5º, en el sentido de admitir la posibilidad rechazar dicho perdón en supuestos de menores e incapaces. Si, como expondremos más adelante, en supuestos de ofendidos especialmente desprotegidos, la participación del Ministerio Público resulta plenamente justificada, parece razonable que en estos casos, aun otorgándose el perdón del ofendido, éste sea objeto de cierto control por parte del Juez o Tribunal antes de otorgarle ningún tipo de eficacia²⁸⁸.

§ V. 4. - Conclusiones

(1).- La participación activa del Ministerio Público en cualquier procedimiento penal, ya sea público o en cualquiera de sus vertientes privadas, debiera ser indiscutida conforme a los principios de legalidad, oficialidad y oportunidad. En primer lugar, porque el Fiscal está obligado a ejercitar la acusación por imperio de la ley, siempre que los hechos revistan caracteres de delito. En segundo lugar, porque siempre que haya una apariencia de comisión de un delito, esta institución vendrá obligada a perseguir el ilícito y a solicitar su punición. Y, finalmente, porque corresponde al Ministerio Fiscal la valoración sobre la idoneidad de la persecución de determinados delitos, atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

La excepción a la regla general que supone la persecución penal a instancias del ofendido carece por tanto de justificación. Incluso – y principalmente – en los delitos contra el honor, en los que el legislador ha optado por ceder completamente la persecución del delito en favor del interés privado. En efecto, la sujeción al principio de legalidad debiera ser definitiva en orden a imponer – frente a la actual situación legal – que el Ministerio Público pueda mantenerse ajeno a la persecución de tipos delictivos

²⁸⁸ En relación a al control judicial y la intervención del Ministerio Fiscal en el perdón del ofendido, vid. MARTÍN RÍOS, M^a. P. *Cuestiones procesales en torno al perdón del ofendido: Estado de la cuestión tras la LO 15/2003 y la LO 5/2010*, Derecho y Proceso Penal, Aranzadi, nº 24/2010 2, págs. 31 y ss.

para los que el legislador ha considerado que tienen suficiente entidad como para merecer una sanción penal.

Así, especialmente incongruente resulta la admisión de la participación del Fiscal únicamente en los atentados menos graves contra el honor debatidos en sede civil, pero no de los más graves que corresponderían a la vía penal, lo que hace injustificable que este tipo de ilícitos no sean perseguidos también por aquél en el seno del procedimiento penal, al menos mientras se encuentren tipificados como tales en el Código penal.

(2).- Cuando hablamos de acusaciones privadas, la doctrina tiende a hacer distinciones. De un lado estarían las *acusaciones privadas exclusivas*, aplicables a las injurias y calumnias, y en las que ésta sería la única parte activa del procedimiento legitimada para perseguir el delito; su actuación no sólo es principal, sino única, pues de no interponer la correspondiente acción penal y de continuar en el procedimiento hasta la obtención de una eventual sentencia condenatoria, el delito quedará impune. De otro lado estarían las *acusaciones privadas relativas*, aplicables al resto de delitos sometidos a condiciones de perseguibilidad, y muy similares al resto de acusaciones particulares ejercida por el ofendido en cualquier otro delito público.

Ahora bien, si el fundamento último de la perseguibilidad privada reside en argumentos tales como el escaso interés estatal en perseguir determinados delitos de menor entidad, o la especial disponibilidad de los bienes jurídicos protegidos, la exigencia de una acción penal similar a la exclusiva, pero con la participación del Fiscal, ayudaría a cumplir mucho mejor tales objetivos. En efecto, la exigencia del ejercicio de acción privada a lo largo de todo el procedimiento, coadyuvaría a conjugar de forma mucho más adecuada la pretendida especial disponibilidad del bien jurídico protegido o aquellos efectos colaterales derivados del procedimiento penal que el legislador pretende evitar mediante la exigencia de los requisitos de perseguibilidad. Se confirmaría así que (i) efectivamente la voluntad del ofendido es la de condenar al responsable por la comisión de aquellos delitos vinculados en ocasiones a bienes jurídicos especialmente disponibles – como manifestación, además, de la gravedad del perjuicio ocasionado –; así como (ii) la inexistencia de ningún tipo de intromisión injustificada a la intimidad achacable al proceso penal que impida su enjuiciamiento.

No debemos olvidar a este respecto que la simple denuncia actualmente exigida en este tipo de delitos no pasa de ser una mera acusación provisional, susceptible de ir variando conforme la instrucción penal vaya determinando el *factum* delictivo y sus presuntos responsables. Y dicha manifestación de voluntad no podrá hacerse definitiva sino hasta el momento de la apertura y celebración del juicio oral, mediante la delimitación del objeto del proceso y, por ende, de la acusación privada a través de las conclusiones definitivas.

(3).- En cuanto a la acusación popular, su ejercicio no es absoluto y cuenta con determinadas limitaciones, como su inoperancia en determinados procesos penales, como el militar o el de menores y, probablemente, el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos previsto en los arts. 795 y ss. LECrim., y en los procesos por delitos exclusivamente privados.

En relación con el resto de delitos perseguibles de oficio, es posible encontrar alguna resolución discrepante de Audiencias Provinciales en la que, no sólo se ha llegado a admitir la intervención de la acusación popular, sino incluso la iniciación del procedimiento penal por su parte. Sin embargo, y a la vista de la más reciente jurisprudencia dictada por nuestro Tribunal Supremo, la acción popular únicamente deberá tener presencia en los procesos por delitos públicos, cobrando especial importancia en aquellos supuestos en los que, dada la naturaleza del delito, y por afectar a bienes jurídicos supraindividuales, no exista posibilidad de personación de ningún tipo de acusación particular. Únicamente en estos casos será donde la figura del acusador popular podrá adquirir mayor virtualidad, como acusación independiente en defensa del interés general.

(4).- Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente en relación con la acusación privada, así como de la necesidad de exigir al ofendido o agraviado por el delito el ejercicio de la pretensión penal – por ser la auténtica declaración voluntad por la que articularíamos la persecución – la exigencia de simple denuncia resulta a todas luces insuficiente.

En efecto, dado que la denuncia es una mera notificación a la autoridad de unos hechos de apariencia delictiva, que deberán concretarse conforme avance la instrucción penal, y

sin necesidad de identificar al presunto autor del delito, es claro que el requisito casam con la supuesta finalidad de esta suerte de privacidad del Derecho penal. Si el propósito de este régimen de perseguibilidad es asegurarse o, mejor dicho, obligar al ofendido de dejar constancia expresa de la voluntad de perseguir y sancionar una conducta ilícita llevada a cabo por determinada persona, sin duda alguna la interposición de querella privada ayudará mucho mejor a la consecución de tal fin (a) porque obliga a una mayor concreción de los hechos y a la identificación, siempre que sea posible, de su responsable; y (b) porque el ejercicio de la pretensión penal exige igualmente a confirmar definitivamente esa voluntad ya desde el comienzo del proceso.

(5).- De igual modo, y en consonancia con todo lo anterior, en la medida en que sería mucho más eficaz la exigencia del ejercicio de la pretensión civil hasta el final del procedimiento, cualquier renuncia o desistimiento respecto de la misma debiera conllevar automáticamente la finalización anticipada del procedimiento sin posibilidad de condena, bien mediante el sobreseimiento de las actuaciones, bien mediante una sentencia absolutoria para el caso de no solicitar ningún tipo de condena en el momento de conclusiones definitivas. De este modo, no ya la eficacia del perdón del ofendido admitida en los delitos *privados* y *semiprivados*, sino incluso el mero desistimiento, renuncia o apartamiento de la acción, debiera extenderse también a los delitos *semipúblicos* y *cuasipúblicos*.

CAPÍTULO VI. - PRINCIPALES CONFLICTOS JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LOS REQUISITOS DE PERSEGUIBILIDAD

§ VI. 1. - Introducción

(1).- La tipificación de las condiciones de perseguibilidad genera no pocos problemas de interpretación entre nuestros Jueces y Tribunales. En primer lugar, en cuanto a la literalidad de algunos de los términos, como sucede con la utilización que se hace, según el delito ante el que nos encontremos, respecto de los términos *perjudicado*, *ofendido* y *agraviado*. También por las distintas excepciones contempladas en algunos de estos mismos ilícitos, que han llegado a plantear corrientes jurisprudenciales contradictorias, v. gr., a la hora de concretar qué ha de entenderse por afectación de una *pluralidad de personas* o de los *intereses generales*²⁸⁹. A todos estos problemas hermenéuticos y conflictos jurisprudenciales dedicaremos las siguientes páginas.

La imprecisión de muchos de estos términos y excepciones no es una cuestión en modo alguno baladí, pues es precisamente su interpretación jurisprudencial la que en muchos casos anulará automáticamente ese componente de *privacidad* del delito, convirtiéndolo directamente en *público*, siendo posible así la denuncia o querrela del Fiscal aun en ausencia de denuncia de los perjudicados o agraviados en la forma en que viene interviniendo con el resto de los delitos contemplados en el Código penal. Tal circunstancia obliga a ser extremadamente cautos en la interpretación que hagamos respecto de cada una de las excepciones a la norma general, o de los distintos términos empleados por el Código penal en la redacción de cada uno de los tipos, siempre vinculados al principio de oportunidad. De lo contrario, una exégesis excesivamente laxa podría dar lugar a situaciones hasta cierto punto paradójicas. Un ejemplo lo encontramos, v. gr., en la pretensión de iniciar (o continuar) un determinado procedimiento penal pese al rechazo expreso de los propios agraviados u ofendidos por el presunto delito, como sucedió en el conocido caso “Abengoa” al que nos referiremos

²⁸⁹ Vid., v. gr., LIBANO BERISTAIN, A. *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, op. cit., pág. 231, quien a raíz de los problemas de interpretación que implican estas excepciones, plantea preguntas de diversa índole, como, en el caso concreto de los delitos contra la intimidad, qué ocurre si denuncia únicamente una de las víctimas del delito, o si en casos de múltiples ofendidos tiene algún tipo de operatividad el perdón de alguno de ellos.

más adelante; o al ya referido caso “Tabacalera” , que pese tratarse de un delito que exigía la previa interposición de denuncia por parte de la persona agraviada, fue iniciado por una denuncia interpuesta directamente por la Acusación Popular, y admitida a trámite sin mayor problemas por parte del Juez de Instrucción.

(2).- Es por ello que, como desarrollaremos en el presente capítulo, la interpretación de estas excepciones habrá de hacerse siempre con todas las cautelas, atendiendo siempre al espíritu de la norma y sin perder de vista la excepción a la regla general que ello supone, así como a su finalidad restrictiva de la persecución de estos delitos de no ser por expresa voluntad del agraviado.

§ VI. 2. - Necesarias precisiones sobre los términos agraviados, ofendidos y perjudicados por el delito

(1).- Hasta ahora hemos visto que la persona legitimada para la interposición de denuncia o querella será, según el tipo delictivo ante el que nos encontremos, el *perjudicado*, el *ofendido* o el *agraviado*. Sin embargo, ninguno de estos casos es posible encontrar ningún tipo de definición entre los textos penales vigentes; únicamente la versión derogada del art. 761 llegó a referirse en su día a la figura del ofendido como “aquél a quien directamente dañe el delito”²⁹⁰.

Aun cuando todos estos términos guardan evidentes similitudes, las connotaciones y los requisitos varían sustancialmente. Las diferencias entre unos y otros han dado lugar, de hecho, a distintos debates legislativos que han provocado a su vez cambios en algunos de estos tipos delictivos. El último de ellos, podemos encontrarlo precisamente con la reforma del Código penal de 2010, que modificó la redacción del último párrafo del art. 267 en el sentido de sustituir el término *persona agraviada* por el de *ofendido*, como

²⁹⁰ También podemos encontrar otro precedente histórico en la Base 3ª de la Reforma del Procedimiento Penal de 1929, que reconocía únicamente legitimidad para acusar al ofendido por el delito – dejando así fuera a la acusación popular – en tanto “titular del sujeto violado por la infracción”. Vid. en este sentido GIMENO SENDRA, V. *La querella*, op. cit., pág. 131 y ss., que comparte esa definición al hablar del ofendido.

persona legitimada para denunciar el hecho²⁹¹, aun cuando la disposición adicional tercera del Código penal sigue haciendo referencia a la figura del *perjudicado*²⁹².

Otro ejemplo, al que haremos referencia en el momento de abordar los delitos societarios *infra*, podemos encontrarlo entre los distintos cambios en la redacción del tipo acaecidos a lo largo de los proyectos anteriores del Código penal en los que se debatió la pertinencia de incluir este tipo de delitos por vez primera en nuestro ordenamiento. Si en esas las anteriores versiones se discutió la posibilidad de exigir la interposición de *denuncia* o *querrela*, optando finalmente a la redacción final del art. 296 por la primera de las opciones – arts. 304 PCP 1992 y art. 297 APCP 1994 –, el legislador también planteó en su momento la posibilidad de iniciar la acción por parte del *perjudicado* en vez de por el *agraviado*. Obviamente, las distinciones conceptuales entre uno y otro término fueron las que motivaron la redacción final del tipo.

(2).- La diferencia estriba en que el *agraviado* se identifica con el sujeto pasivo del delito, esto es, con el titular del bien jurídico protegido por la norma bajo la cual la acción u omisión objeto del proceso se subsume²⁹³, sea persona física o jurídica. Agraviado es, por tanto, quien sufre directamente las consecuencias de la acción típica. Por el contrario, *perjudicado* es el que sufre alguna consecuencia dañosa del hecho delictivo, sin ser titular del bien objeto de tutela²⁹⁴. Consecuentemente, este último concepto implica menos restricciones que el de *agraviado*²⁹⁵. Sin duda alguna, éste tuvo

²⁹¹ La redacción anterior del art. 267 3º hacía referencia además, indistintamente, a la extinción de pena o acción penal, en vez de únicamente a la acción penal referida en la nueva redacción. En efecto, mientras la redacción anterior rezaba lo siguiente: “En estos casos, el perdón de la persona agraviada o de su representante legal extinguirá la pena o la acción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130 de este Código.”; la redacción actual, tras la reforma de la LO 5/2010, establecía que: “En estos casos, el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del artículo 130 de este Código.”

²⁹² Disposición Adicional Tercera del Código penal: “Cuando mediando denuncia o reclamación del perjudicado, se incoe un procedimiento penal por hechos constitutivos de infracciones previstas en los artículos 267 y 621 del presente Código, podrán comparecer en las diligencias penales se incoen y mostrarse parte en todos aquellos otros implicados en esos mismos hechos que se consideren perjudicados, cualquiera que sea la cuantía de los daños que reclamen.”

²⁹³ BANACLOCHE PALAO, J. *Las partes en el proceso penal*, op. cit.

²⁹⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. Mª. *Innovaciones teórico-prácticas de la victimología en el Derecho penal*, en *Victimología: VIII Cursos de Verano en San Sebastián* (Dir. Berain Piña A. y de la Cuesta Arzamendi, J. L.), Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990, pág. 77.

²⁹⁵ Vid en sentido STS 620/2004, de 4 de junio, que entre otras advierte que “las personas agraviadas (.) no tienen que coincidir necesariamente con los perjudicados.”, lo que reduce el ámbito de los legitimados para poner en marcha el procedimiento penal. En parecido sentido se han pronunciado también la SAP Badajoz, Sección 1ª, de 4 de marzo de 2010, y el AAP Sevilla, Sección 1ª, de 9 de marzo de 2009.

que ser el motivo por el que, en el antedicho caso de los delitos societarios, el legislador finalmente optase por legitimar únicamente a los *agraviados*, habida cuenta de que la extensión a los perjudicados podría abrir en exceso el abanico de posibles denunciantes en este tipo de ilícitos.

Así lo tiene reconocido nuestra doctrina jurisprudencial, que salvo excepciones que abogan por una equiparación de ambos términos²⁹⁶, viene considerando que mientras *perjudicado* será únicamente aquél que haya sufrido de algún modo las consecuencias del delito²⁹⁷, la consideración de *agraviado* exigirá además ser el titular del bien jurídico lesionado. De este modo, son múltiples las resoluciones que podemos encontrar en relación con muchos de los delitos previstos en el Código penal, ya se encuentren sometidos a este tipo de condiciones objetivas de perseguibilidad²⁹⁸ o no²⁹⁹, o incluso en aquellos casos en los que la exigencia de previa interposición de denuncia por el agraviado ya han sido suprimidas por el legislador, como sucede con los delitos contra la propiedad intelectual³⁰⁰. En parecido sentido se ha pronunciado también nuestra doctrina científica³⁰¹, si bien también existe igualmente alguna posición discrepante³⁰².

²⁹⁶ Vid. por todas, SAP Almería, Sección 3ª, de 5 de mayo de 2003, en relación con los delitos societarios, persona agraviada podrá ser, indistintamente quien ha “sufrido el menoscabo económico directa o indirectamente, o los titulares del bien jurídico afectado”. En parecido sentido se ha pronunciado también la SAP Madrid, Sección 23ª, de 17 de julio de 2007, en relación al delito de impago de pensiones, al afirmar que el término agraviado no es “sino de sinónimo con el de «ofendido» o «perjudicado», que son las otras dos expresiones utilizadas por el Código Penal para denominar el sujeto pasivo del delito (...)”.

²⁹⁷ Vid. ARAGONESES MARTINEZ, S. *Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección*, Revista de Derecho Procesal, nº 2, 1995, pág. 417, que identifica al ofendido o agraviado con el titular del interés jurídicamente lesionado, y al perjudicado con el titular de intereses extrapenales – patrimoniales o no –.

²⁹⁸ Así lo viene entendiendo, de hecho, la jurisprudencia menor, pudiendo citarse al respecto la SAP Almería, Sección 3ª, de 5 de mayo de 2003, en relación con los delitos societarios; o la SAP Valencia, de 24 de febrero de 2000, al afirmar que “la legitimación y por ende el concepto agraviado lo posee únicamente el primero, puesto que es el titular del bien jurídico protegido, o si se quiere, del bien jurídico lesionado.”; o la SAP de Burgos, Sección 1ª, de 21 de marzo de 2006, que hace la misma afirmación en relación con el delito de impago de pensiones, considera a los hijos como agraviados, en tanto sujetos pasivos de la relación obligacional y titulares del bien jurídico protegido –derecho a percibir una pensión alimenticia por acuerdo judicial-, y a la ex-mujer sujeto pasivo de la acción, en tanto que sería la persona que siente el impago en cuestión. Sobre ella recae la acción omisiva, pero no el agravio u ofensa delictiva, que sólo lo podía padecer quien ostentaba la titularidad del bien jurídico quebrantado por tal conducta, con independencia de que pueda sentirse perjudicada por la actuación del recurrente al haber de soportar de forma exclusiva los gastos de las hijas.

²⁹⁹ AAP Sevilla, Sección 3ª, de 15 de marzo de 2006, en relación con el delito de cohecho.

³⁰⁰ Vid. SAP Madrid, Sección 7ª, de 13 de mayo de 2003, que en relación con la anterior concepción *cuasipública* de los delitos contra la propiedad intelectual, entendía que una entidad gestora de derechos de autor no podía ser considerada como agraviada, estando la acción penal reservada únicamente para los titulares de los derechos de propiedad industrial.

³⁰¹ Entre la doctrina científica, se han pronunciado a favor de esta tesis CASTRO, A. *Análisis teórico-práctico de la condición objetiva de procedibilidad en los delitos societarios (especial referencia a la legitimación activa del Ministerio Fiscal)*, op. cit., pág. 52.

No podía ser de otro modo, pues únicamente el titular del bien jurídico protegido es quien efectivamente puede renunciar a la persecución del delito que le afecta de modo directo. De ahí que necesariamente haya que equiparar a dicha persona con la figura del agraviado por el delito que, por lo general, es la persona que según el Código penal tiene la potestad para interponer este tipo de denuncias.

(3).- Por su parte, la figura del *ofendido* – al que únicamente hacen referencia los delitos contra el honor en su art. 215 – es equiparable con la del *agraviado*, esto es, con el sujeto pasivo del delito y con el titular del bien jurídico protegido³⁰³. Así lo reconocen de hecho, algunas de las resoluciones judiciales ya citadas, que identifican al ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo como titular del bien jurídico protegido³⁰⁴; e implícitamente también lo hace el propio Código penal, v. gr., al aceptar por un lado la denuncia del *agraviado o su representante legal* como vía para iniciar el procedimiento – art. 191.1, art. 201.1 –, mientras por otro admite el perdón del *ofendido* como causa de extinción de la acción penal – art. 191.2, art. 201.3 –, igualando por tanto estos dos conceptos.

Consecuentemente, si bien es cierto que la reforma del Código penal del año 2010 procedió a modificar, en los delitos de daños imprudentes, la redacción del art. 267 en el sentido de sustituir el término *ofendido* por *persona agraviada*, probablemente fue debido a la búsqueda cierta armonización con la terminología empleada en el resto de delitos de naturaleza semipública o semiprivada. Ningún tipo de consecuencia adicional podemos extraer de esta cuestión más allá de la ya expuesta, pues ambas figuras necesariamente habrán de identificarse, de forma indistinta, con el titular del bien jurídico lesionado y, por ende, con el único legitimado para decidir sobre la necesidad de la persecución del delito ocasionado. Ahora bien, para lograr una mayor coherencia sistemática sin duda alguna hubiera sido preferible una revisión terminológica de todos los delitos sometidos a este tipo de condiciones, empezando por las injurias y calumnias

³⁰² En contra Vid. FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*, op. cit., pág. 295, que diferencia ambos conceptos del sujeto pasivo del delito.

³⁰³ Vid. LIBANO BERISTAIN, A. *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, op. cit., pág. 411, quien sin embargo entiende que ambos vocablos – agraviado y ofendido – han quedado desfasados, debiendo ser sustituidos por el de *víctima*.

³⁰⁴ Además de las ya vistas vid., v. gr., AAP Sevilla, Sección 3ª, de 15 de marzo de 2006.

referidas en el art. 215, que igualmente hace referencia al ofendido como persona legitimada para interponer la querella.

(4).- Sentado lo anterior, no podemos evitar adherirnos a las críticas efectuadas sobre la desafortunada redacción de la falta de homicidio por imprudencia leve. Y es que, carece de toda lógica que, mientras en este precepto se pretende sancionar con pena de multa de uno a dos meses a quienes causaren la muerte de otra persona de modo imprudente, por otro lado pretenda que esta infracción sea perseguible sólo mediante denuncia de persona agraviada o de su representante legal cuando (a) el agraviado no podrá interponer nunca esa denuncia por encontrarse fallecido, y (b) tampoco su representante por cuanto que no cabe la representación legal de fallecidos³⁰⁵.

Alguna resolución jurisprudencial ha intentado resolver este error legislativo identificando a figura del heredero con la del agraviado. Así, en el caso de una persona fallecida en un accidente de tráfico, sería posible la personación de dicho familiar en su condición de agraviada y, por tanto, legitimada para ejercitar la acción penal prevista en el art. 621 del Código punitivo al sufrir los perjuicios morales y materiales (en su caso) por el delito³⁰⁶. Tal interpretación es errónea, pues en la medida en que el titular del bien jurídico protegido sólo puede ser el fallecido, únicamente será posible identificar a éste con la figura del agraviado, ostentado los herederos o familiares la condición de meros perjudicados – al ser transmisible, a diferencia de la condición de agraviado –.

Así las cosas, y dadas las particularidades de este ilícito – único en el que necesariamente su persecución deberá llevarse a cabo persona distinta al ofendido, por estar fallecido –, hubiera sido mucho más ajustada la sustitución del término ofendido por el de *perjudicado*, de contenido mucho más amplio³⁰⁷. En la medida en que el

³⁰⁵ En este sentido, vid. MESTRE DELGADO, E. *La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en Derecho penal*, La Ley Penal, nº 1, Ed. La Ley, Sección Estudios, enero 2004, págs. 7 y ss. Vid. también QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español. Parte Especial*, op. cit., pág. 41, que igualmente critica que el art. 621.6 hable de agraviado en referencia a quien deba presentar la denuncia, por razones obvias.

³⁰⁶ AAP León, Sección 1ª, de 12 de julio de 2007.

³⁰⁷ Así lo entiende la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, al tratar en su art. 9 el ejercicio de la acción en supuestos de fallecimiento: “4. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los tres primeros apartados del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado. / En

carácter personalísimo de los delitos perseguibles a instancia de parte impiden en principio su persecución por personas distintas al ofendido, en casos de fallecimiento, se hace necesario la distinción entre los términos ofendidos y perjudicados para habilitar expresamente la perseguibilidad por parte de sus herederos o causahabientes³⁰⁸.

(5).- En último lugar, cabe manifestar además que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal sigue la tesis señalada hasta ahora. Por lo general, siempre suele hacer referencia a los ofendidos y/o perjudicados como las personas que pueden verse afectadas por los delitos – arts. 13, 25, 506, 742, 759, etc. –, salvo casos excepcionales como los delitos contra el honor, donde únicamente tendrían cabida los ofendidos dado el carácter personalísimo del bien jurídico protegido, que difícilmente admitiría otros posibles perjudicados indirectos – art. 104 –, si bien es posible encontrar algún precepto que, adicionalmente, viene a identificar la figura del agraviado con el sujeto pasivo del delito en vez de con el ofendido – arts. 364 ó 366 –.

Por su parte, todas estas figuras se identificarán siempre con la acusación particular, que supone un colectivo mucho más reducido que se hayan visto directamente ofendidos por el delito, habiendo sufrido por tanto las consecuencias negativas del mismo en sus propios intereses.

§ VI. 3. - Intervención del Fiscal en supuestos de menores, incapaces y desvalidos

(1).- Acabamos de ver que la denuncia y la querella, cuando hablamos de delitos sometidos a cualquier tipo de condición de perseguibilidad, pretenden una verdadera declaración de voluntad. En el caso de la denuncia, porque supone un reconocimiento

el caso del apartado cuatro del artículo cuarto, la indemnización corresponderá a los ofendidos o perjudicados por el delito que hayan ejercitado la acción. De haberse ejercitado por el Ministerio Fiscal, éste podrá solicitar la indemnización para todos los perjudicados que hayan resultado debidamente identificados y no hayan renunciado expresamente a ella.”

³⁰⁸ En este sentido, y dejando de un lado la falta por homicidio imprudente, es de destacar que los delitos contra el honor admiten expresamente la continuación de la persecución del delito tras el fallecimiento de la víctima *ex art. 276 LECrim.*: “Se tendrá también por abandonada la querella cuando, por muerte o por haberse incapacitado al querellante para continuar la acción, no compareciere ninguno de sus herederos o representantes legales a sostenerla dentro de los treinta días siguientes a la citación que al efecto se les hará dándoles conocimiento de la querella.” Vid. LIBANO BERISTAIN, A. *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, op. cit., pág. 415.

expreso ante el Juez Instructor de la voluntad expresa de perseguir un delito por parte del ofendido o agraviado; y, en el de la querella, además, porque éste manifiesta expresamente la intención de ejercer la acción penal. Es por ello que ambas vías exigen en el denunciante los requisitos de *capacidad*, que la da la mayoría de edad y la plenitud de facultades, y de *legitimación*, que exige la condición de agraviado u ofendido por el delito.

Frente a lo anterior, una de las excepciones a la regla general de los delitos *semiprivados*, *semipúblicos* o *cuasipúblicos*, conforme a la cual será posible la iniciación del procedimiento sin mediar previa denuncia del agraviado a instancias del ministerio Fiscal, será cuando éste sea *menor de edad*, *incapaz* o *desvalido*.

La minoría de edad penal, que en la actualidad coincide con la civil, junto con la incapacidad, que encuentra su definición en el art. 19 del Código penal, no parecen ofrecer demasiadas dudas³⁰⁹, si bien no podemos soslayar determinadas discrepancias jurisprudenciales que con relativa frecuencia pueden llegar a sucederse en la práctica. En efecto, en no pocas ocasiones la doctrina plantea la problemática sobre qué hacer una vez alcanzada la mayoría de edad durante la tramitación del procedimiento penal, existiendo corrientes jurisprudenciales contrapuestas en relación con la representación del agraviado. Tal circunstancia sucede con cierta frecuencia, v. gr., en los delitos de abandono de familia e impago de pensiones y podría extenderse a cualquier otro supuesto en el que, una vez iniciado el procedimiento a instancias del representante legal – o del Fiscal – la víctima dejara de ostentar esa condición de incapaz o persona desvalida que, en un primer momento, habría provocado la apertura del procedimiento penal a instancias del representante legal o del Ministerio Fiscal.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 30 de enero de 1989, partía de la base de la consideración del carácter semipúblico de los delitos de abandono de familia, así como de la imposibilidad de su persecución de oficio sino únicamente previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, en supuestos de personas menores de edad, incapaces o personas desvalidas, por el Ministerio Fiscal, sin que nada se opusiese, desde luego, a

³⁰⁹ Algunos autores, no obstante, sí discrepan de tal opinión, situando la minoría de edad en los catorce años, vinculándola así a la minoría de edad penal establecida por la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores. Vid. TORRES ROSELL, N. *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 107.

que dicha denuncia, en caso de tratarse de menores o incapacitados, pudiera presentarse eficazmente por su representante legal. Ahora bien, para el supuesto concreto de que al inicio del procedimiento alguno de los ofendidos fuese menor de edad o se hallase incapacitado, habiéndose formulado la denuncia en su nombre por su representante legal, así como que durante el curso del procedimiento cumpliera la edad de dieciocho años o recuperara la capacidad, no era necesario que ahora en nombre propio, formulara nueva denuncia o renovara o convalidara la ya deducida.

En la actualidad en la jurisprudencia menor existen líneas discrepantes con esta tesis³¹⁰. Por un lado, en lo que atañe al delito de impago de pensiones, mientras algunas resoluciones, parten de la base de que la mayoría de edad extingue la patria potestad y, en consecuencia, la administración de los bienes y representación de los hijos, otorgando plena capacidad para los actos de la vida civil – con las excepciones legales –, y por otra, de la titularidad del derecho a los alimentos, concluyen que una vez alcanzada aquélla, sólo los hijos – hasta entonces menores – merecen la consideración de agraviados por el impago de las pensiones en los términos del art. 228³¹¹ y que su representante – la madre, por lo general –, por sí, carece de legitimación para instar la persecución del delito previsto en el art. 227³¹². Otras resoluciones en cambio, ponen el acento en que las cantidades cuyo impago sustenta la acción penal se devengaron en período de la minoría de edad y por tanto ostentando aún el progenitor custodio la administración de los bienes de aquéllos, considerando así que él mismo se halla

³¹⁰ Vid. SAP Madrid, Sección 23ª, de 17 de julio de 2007 y SAP Castellón, de 20 de febrero de 2003.

³¹¹ Vid. SAP Valencia, de 24 de febrero de 2000, SAP Barcelona, de 6 de junio de 2000, SAP Cantabria, de 18 noviembre de 1999, SAP Valladolid de 7 de julio de 1998, SAP Asturias de 26 de febrero de 1998, o SAP La Coruña, de 14 de junio de 2000, entre otras.

³¹² En parecido sentido, vid. SAP de Burgos, de 18 de marzo de 2006, SAP Barcelona, de 8 de marzo de 2005, o SAP de Alicante, Sección 3ª, de 14 de abril de 2010: “Y cuando, como en este caso, el procedimiento se ha iniciado una vez que el supuesto agraviado, es decir, quien debe percibir la pensión o prestación económica señalada en la resolución judicial de familia, tienen plena capacidad porque ya han alcanzado la mayoría de edad, conforme al art. 315 CC, y, por tanto, no precisan la actuación de representante legal alguno para completar su capacidad de obrar procesal (art.322 CC.), su ausencia del proceso priva definitivamente de legitimación a la denunciante que ha actuado excediéndose en las facultades que la ley le tiene reconocidas. Y puesto que la jurisdicción penal no permite interpretaciones extensivas en contra del reo, hay que entender que la madre del hijo mayor de edad no suplir la inactividad procesal del último por lo que, a falta de denuncia de ese hijo que tiene la plenitud de sus derechos civiles, subsiste el inconveniente reiteradamente denunciado a lo largo del presente procedimiento por parte del apelante de la falta del requisito de procedibilidad que exige la ley para perseguir un posible delito de abandono de familia que sólo podía ser suplido por la denuncia realizada por aquél”.

legitimado para denunciar con eficacia los incumplimientos del otro progenitor obligado al pago de los alimentos³¹³.

No podemos sino compartir la primera de las doctrinas citadas, pues corresponde a los titulares del bien jurídico protegido el control sobre la iniciación (o continuación) del procedimiento penal³¹⁴. En este sentido hay que señalar que si la obligación del acusado es alimentar a los hijos, el impago lesiona el derecho de éstos a percibir el importe de la pensión, en tanto sujetos pasivos de la relación obligacional creada y titulares del bien jurídico protegido, que no es otro que el derecho familiar a recibir una pensión alimenticia, de tal modo que la madre podrá ser sujeto pasivo de la acción, en tanto persona que debía recibir el importe de la pensión, y sobre ella recae la conducta omisiva, pero no así el agravio u ofensa delictiva, que sólo puede ser padecido por quien ostenta la titularidad del bien jurídico protegido³¹⁵.

Todo ello, habida cuenta además de que cuando quien interviene en el proceso es el representante legal de la víctima, conforme a lo dispuesto en el art. 101 LECrim., lo hace siempre en nombre propio en lugar de en el de la parte ofendida. De ahí, v. gr., que para el caso de encontrarnos ante un supuesto de denuncia falsa, los efectos recaerían directamente sobre el representante, que no sobre el representado. Veámoslo más claramente con un ejemplo: para el supuesto de haber superado la mayoría de edad el hijo durante la tramitación del procedimiento penal, y en el caso de encontrarnos ante una denuncia falsa, es impensable que nadie pudiera dirigirse contra el hijo por la acción interpuesta en su día por su madre; obviamente en tal caso, únicamente cabría dirigirse contra la propia madre, que no contra el hijo en el entendimiento de que esa denuncia (falsa) se interpuso en su nombre.

De tal modo que, si admitimos tal presunción como válida y, por tanto, que cuando un representante inicia una acción penal por un delito privado o semipúblico, lo hace en nombre propio en vez de supliendo a la persona agraviada, la necesidad de que ésta

³¹³ Vid. SSAP Madrid, de 6 de noviembre de 2000, SAP Ciudad Real, de 18 de octubre de 2000, o SAP Barcelona 17, de septiembre de 1999, entre otras.

³¹⁴ Esta tesis se contradice sin embargo con la sostenida por la jurisprudencia civil, que ha llegado a entender que, en la medida en que el progenitor puede asumir la carga familiar que implica el mantenimiento de los hijos mayores de edad, tendría derecho a exigir de su ex pareja la contribución que corresponda (vid. STS, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2000).

³¹⁵ SAP Huelva, Sección 3ª, de 11 de marzo de 2004.

tenga que ratificar la denuncia en el caso de alcanzar la mayoría de edad una vez iniciado el procedimiento penal, parece de todo punto lógica.

(2).- En cuanto a los *incapaces*, según lo dispuesto en el art. 25, implicará a toda aquella persona que padezca una enfermedad persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma³¹⁶. Respecto de la denominada *persona desvalida*, habrá que seguir el criterio establecido por el Tribunal Supremo, entendiendo como aquella persona que no puede ofrecer obstáculo al agresor³¹⁷. Las posibilidades de desvalimiento de la persona son realmente diversas, pudiendo ostentar tal condición una persona ausente³¹⁸, un paciente en la mesa de operaciones, una anciana que no puede valerse por sí misma, etc.³¹⁹. Nuevamente, y al igual que en el caso anterior, si el desvalido superase esa incapacidad temporal después de empezado el procedimiento penal, sería exigible la ratificación de la acción penal.

(3).- La legitimación del Ministerio Fiscal en relación con el antedicho colectivo de personas carentes de capacidad para denunciar plantea, no obstante, ciertas incógnitas. Cuando efectivamente la incapacidad o la minoría de edad son fácilmente identificables, en principio los intereses de éstos deberían canalizarse a través de sus representantes legales. Como no podría ser de otro modo, en todos los casos contemplados en el Código penal sometidos a condiciones de perseguibilidad es exigida la previa denuncia de la persona agraviada u ofendida, o en su defecto de su *representante legal*. Al hacer referencia a este último, parece claro que el concepto es el clásico de la teoría general de los negocios jurídicos, es decir, estamos haciendo referencia al representante impuesto

³¹⁶ Sobre el concepto de incapaz en el Código penal como sujeto pasivo del delito, así como las diferencias en el ámbito civil y los problemas que puede conllevar el hecho de que el legislador admita tal condición, incluso, pese a no haber sido declarado previamente en proceso judicial, vid. URBANO GÓMEZ, S. *El concepto de incapaz del art. 25 del nuevo Código Penal español*, La Ley, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-210, tomo 4.

³¹⁷ STS 1804/2002, de 31 de octubre, que con cita de otras muchas sentencias (SSTS de 13 noviembre de 1991, 17 de mayo de 1992; 14 de enero de 4 de febrero y 2 de abril de 1993) identifica a los desvalidos como personas indefensas, como sucede con los niños.

³¹⁸ CASTRO, A. *Análisis teórico-práctico de la condición objetiva de procedibilidad en los delitos societarios (especial referencia a la legitimación activa del Ministerio Fiscal)*, op. cit., pág. 59.

³¹⁹ Vid. GIMBERNAT, E. *Estado de Derecho y Ley penal*, op. cit. En tal caso correspondería en tal caso garantes primarios (cirujano-director de la operación, padres al cuidado del pequeño, o hijos que atienden a la madre gravemente enferma, respectivamente) deleguen su obligación de cuidar de la persona a su cargo -total o parcialmente- en otras personas, tales como un anestesista, una canguro o una enfermera, convirtiéndose entonces estos últimos en garantes secundarios, y, con ello, en responsables de los bienes jurídicos vida y salud que se les han confiado. La responsabilidad por la preservación del interés protegido es compartida entonces por el garante secundario, y también por el primario en el supuesto de que se le pueda acreditar una culpa in vigilando sobre la actividad o inactividad antijurídicas de aquél.

legalmente, cuyo fundamento no es otro que el de suplir personalmente la voluntad del representado habida cuenta de que este último carece de capacidad de obrar. Nos encontramos, por tanto, ante los supuestos típicos de tutela, patria potestad, etc³²⁰.

Tal situación parece contradecirse sin embargo con el espíritu de la norma, pues abre la puerta a la persecución de un delito privado o semipúblico aun sin el consentimiento expreso de la propia víctima, manifestada a través de la figura de su representante legal. O lo que es peor, podría dar pie incluso a permitir la acusación del Ministerio Fiscal aun en contra de la voluntad expresa de la propia víctima.

Sin embargo, la especial indefensión del colectivo de personas afectadas por el delito en estos casos – menores, incapaces y desvalidos –, es precisamente la que justifica el interés del *ius puniendi* en perseguir siempre aquellos ataques de especial gravedad a través del Fiscal. En efecto, en la medida en que atentar contra una persona especialmente indefensa, como lo es un menor o un incapaz, puede despertar una especial alarma social, es evidente la conversión a *público* de ese delito *semiprivado*, *semipúblico* o *cuasipúblico* estará perfectamente justificada.

§ VI. 4. - Necesaria reinterpretación del concepto de afectación de los intereses generales

(1).- El problema lo encontramos en la determinación de tal expresión. Adicionalmente, dado que la excepción de la necesidad de interposición de denuncia previa en caso de afectación de los intereses generales concierne tanto a delitos que afectan al orden socioeconómico – delitos contra los consumidores y usuarios y delitos societarios –, como a delitos contra la intimidad, así como que la literalidad de la excepción es igual para todos ellos, la interpretación que podamos hacer respecto de dicho interés general podrá variar en función del tipo delictivo ante el que nos encontremos. No obstante lo expuesto, es claro que nos encontramos nuevamente ante una manifestación del

³²⁰ Desde esta perspectiva, entiende MARCOS AYJÓN, M. *La legitimación para la interposición de la denuncia en los nuevos delitos semipúblicos*, Boletín del Ministerio de Justicia, N° 1841, 1999, págs. 603 y ss., que el concepto de representante legal se presenta excesivamente encorsetado, razón por la cual habrá de interpretarse de forma extensiva.

principio de oportunidad al que tantas veces hemos hecho referencia, que habrá de presidir la interpretación que hagamos en cada uno de los casos.

Por *interés general* habrá que atender a la especial alarma que ese concreto delito pueda despertar entre la sociedad. Dicha trascendencia, en el caso de los delitos contemplados en el Título XIII coincidirá generalmente con un impacto de carácter económico de cierta relevancia. O, dicho de otro modo, con una referencia a los intereses económicos de amplios sectores de la población o de sectores especialmente relevantes o trascendentes para el correcto funcionamiento de la economía general³²¹. Por el contrario, en los delitos contra la intimidad el interés social deberá estar relacionado con algún daño supraindividual vinculado con el bien jurídico protegido del ilícito, que no tendrá por qué coincidir con los citados intereses económicos de la sociedad. Tendremos que ponderar siempre, y en todo caso, la naturaleza, gravedad y trascendencia de los hechos acreditados en función de la importancia y consecuencias de cada delito³²². Si el principio de oportunidad es el que justifica la no imposición de sanción penal bajo determinados supuestos – v. gr., delitos bagatela –, por no generar excesiva alarma social, ese mismo principio será que el que obligue a la persecución *pública* de determinados los delitos perseguibles de oficio cuando se superen ciertos umbrales de gravedad.

En los delitos socioeconómicos, si bien resultará sin duda alguna exagerado exigir la afectación de la economía nacional en general, sí al menos deberá verse perjudicado el concreto sector que se ha visto perjudicado por el hecho delictivo³²³. La afectación de los intereses generales va a estar, no obstante, estrechamente relacionada con otros factores tales como el montante económico del perjuicio ocasionado, o el número de personas perjudicadas – a las que nos referiremos *infra* –. Evidentemente, en unos casos, el importe económico, por grande que sea, puede no tener influencia sobre la

³²¹ Vid. SAP Almería, Sección 3ª, de 5 de Mayo 2003, en relación con los delitos societarios.

³²² Vid. también, en relación con los delitos contra la propiedad industrial (antes de su reconversión a públicos tras la reforma del año 2003), SAP Sevilla, Sección 7ª, auto de 24 de mayo de 2005; SAP Zaragoza, Sección 3, de 20 de octubre de 2005; AAP Soria, de 12 de noviembre de 2001, SAP Cádiz, Sección 8ª, de 2 de septiembre de 2008.

³²³ Vid también CASTRO, A. *Análisis teórico-práctico de la condición objetiva de procedibilidad en los delitos societarios (especial referencia a la legitimación activa del Ministerio Fiscal)*, op. cit., pág. 61, para quien, en relación con los delitos societarios, de tratarse una sociedad cotizada, el sector afectado podría ser el funcionamiento del mercado o la confianza de los inversores, y en el caso de una entidad de crédito, el propio sistema financiero.

economía en un sentido amplio – un delito fiscal de cantidades millonarias, v. gr., que pudiera afectar únicamente a los intereses de la Hacienda pública –, pero en otros, puede ser precisamente esa la razón que exija la intervención del Derecho penal – un delito societario que ponga en peligro la estabilidad o la solvencia de una entidad clave en alguno de los sectores de la economía, quizás –.

Así lo reconoció la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la sentencia dictada en el conocido como caso “Banesto”, donde al hilo de un delito de falsedad contable del art. 290, que admitía la *privacidad* del delito en aquellos casos en los que las consecuencias del ilícito no fueran más allá de la veracidad, transparencia y fiabilidad de la propia sociedad, si bien en aquellos casos en los que nos encontremos ante una entidad de suficiente tamaño como para que las repercusiones del delito puedan afectar a la vida económica de un país éste podría convertirse en *público*³²⁴: “(...) esta postura (la privacidad de los delitos societarios) pudiera tener su justificación en los casos en que la trascendencia económica de la manipulación contable, no sea relevante para la economía nacional, sin olvidar que, como señala algún sector de la doctrina, en los supuestos en que no se produzca la persecución, pudiera producirse la situación que, en la doctrina alemana, se conoce como ‘vuelta a la vida’ y que haría entrar en juego a los preceptos genéricos de la falsedad y fundamentalmente al artículo 390.1º del Código Penal en relación al 392.”

En nuestra opinión, no es necesario llegar al extremo de exigir la afectación de la economía nacional para poder llegar a admitir la perseguibilidad pública en estos delitos. El principio de mínima intervención que pretende regir los delitos de naturaleza socioeconómica no puede llegar al límite de prohibir la persecución pública de estos delitos hasta tal punto, sino más bien la imposición de un umbral mínimo a partir del cual se vea razonable la intervención del Derecho penal por entenderse que la conducta genera suficiente alarma social. De ahí la suficiencia de la afectación de un determinado sector económico o social para poder admitir la persecución pública de estos delitos.

Tal es el parecer de gran parte de la jurisprudencia menor dictada en relación con los delitos contra los consumidores y usuarios que, en relación con el término *interés*

³²⁴ STS 867/2002, de 29 de julio de 2002.

general, tiende a rechazar su equiparación, no ya con ningún interés económico de envergadura nacional en el más amplio sentido del término, sino incluso con los intereses de los consumidores con carácter general, dado que este tipo de delitos siempre afectará al interés de dicho colectivo. Por tal motivo, por intereses generales, es más ajustado interpretar la incidencia sobre géneros, mercancías o actividades esenciales que puedan afectar al buen desarrollo de intereses sociales o de la comunidad en cualquiera de los aspectos del tráfico mercantil³²⁵. Por razones obvias no es posible establecer ningún tipo de umbral mínimo a partir del cual el perjuicio ocasionado sea de tal calibre que se justifique la intervención del Ministerio Fiscal, siendo necesario atender a las circunstancias concretas de cada caso de forma casuística dependiendo por tanto de la naturaleza, gravedad y trascendencia de los hechos³²⁶. No obstante, la alarma o la inquietud social que el delito en cuestión pueda despertar en el seno de la comunidad ha de servir como referencia.

(2).- Ahora bien, tal razonamiento plantea tensiones difícilmente conciliables con algunos tipos delictivos. Si hablamos de algunos de los delitos contra los consumidores y usuarios, en algunos casos parece que la tónica general será que las probabilidades de verse afectados los intereses generales pueden llegar a ser muy altas según el tipo en cuestión. Piénsese en el delito de alteración de precios en materias primas o productos de primera necesidad del artículo 281, que si bien es un tipo delictivo de difícil comisión, es evidente que llegado el caso los intereses de la comunidad siempre se verían afectados. En consecuencia, el requisito de perseguibilidad para este concreto ilícito carecería por completo de sentido, pues de cometerse, dada su especial trascendencia, se convertiría inmediatamente en *público*.

En este sentido, puede resultar orientativa la clasificación a la que se hará referencia *infra* en relación al bien jurídico protegido en este tipo de delitos. De tal modo que será mucho más difícil encontrar algún tipo de afectación a los intereses generales cuando el

³²⁵ Entre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, resulta muy común encontrar este tipo de pronunciamientos, especialmente, en los delitos contra la propiedad industrial e intelectual antes de su reconversión a delitos públicos. Por todas, vid. SAP Barcelona, Sección 8ª, de 8 de octubre de 2004; SSAP Madrid, Sección 16ª, de 21 de julio de 2004 y 16 de junio de 2006; SAP Madrid, Sección 17ª, de 14 de diciembre de 2007.

³²⁶ Vid. SAP Sevilla, Sección 7ª, auto de 24 de mayo de 2005; SAP Zaragoza, Sección 3, de 20 de octubre de 2005; AAP Soria, de 12 de noviembre de 2001, SAP Cádiz, Sección 8ª, de 2 de septiembre de 2008, también en relación con los delitos contra la propiedad industrial antes de la supresión del requisito de perseguibilidad.

ámbito de protección sea el de los intereses del empresario – descubrimiento y revelación de secretos de empresa, piratería de servicios de radiodifusión –, que cuando el delito afecte al buen funcionamiento del mercado – detracción de materias primas, maquinación para alterar el precio de las cosas –, o más directamente a los intereses de los consumidores – publicidad engañosa, estafa de inversores, alteración de contadores automáticos –.

Lo mismo puede decirse de los delitos socioeconómicos, donde tampoco es posible partir de la afectación indirecta al orden económico de este tipo de delitos, en tanto integrantes del Derecho penal económico, sino de la trascendencia económica, que podrá variar en función de cada tipo delictivo. Obviamente, en la medida en que este tipo de delitos tiene por finalidad inmediata la de proteger los intereses económicos de los socios y accionistas, es difícil que los generales de la comunidad puedan verse afectados. Únicamente en los casos ya señalados en los que las consecuencias delito, que por lo general irán asociadas al tamaño de la sociedad – y evidentemente a la magnitud económica del delito en sí –, sean de tal entidad que trasciendan los intereses de dichos particulares, podría entenderse que nos encontrásemos ante tal supuesto. Tal podría ser el caso de las entidades conocidas coloquialmente como *too big to fail* – demasiado grande para caer – que tanto protagonismo han acaparado a raíz de la crisis financiera surgida a partir del año 2008, esto es, aquellas cuyo especial tamaño hace que una eventual quiebra pudiera traer consecuencias sistémicas desastrosas sobre la economía. En efecto, en el caso de que un eventual delito societario pudiera llegar a afectar gravemente a una entidad de estas características, quizás ahí sí podría hablarse de afectación de intereses generales.

Ahora bien, al igual que sucedía con los delitos que atentaban contra los consumidores y usuarios, entre los delitos societarios, vista la variedad de intereses jurídicos en juego, la afectación de los intereses generales será mucho más plausible en unos casos que en otros. En efecto, cuando los delitos puedan afectar, además de al patrimonio del particular, también al de la sociedad – delitos de falsedad de cuentas del art. 290, siempre que conllevasen algún tipo de perjuicio económico, y administración desleal del art. 295 –, tal afectación parece que pudiera apreciarse siempre y cuando se tratase de una sociedad de especial envergadura; sin embargo, cuando tales delitos afecten a los derechos de los socios – en especial, en los caso de negación de información del art. 293

– o a la labor supervisora de terceros – para la sustracción a medidas de inspección administrativa, art. 294 –, la afectación de este tipo de intereses parece sencillamente inviable³²⁷. Por otro lado, por muy grande que sea la sociedad, evidentemente no sería lo mismo hablar, v. gr., de una falsedad contable o una administración desleal que, aun siendo relevante en términos cuantitativos, no lo fuese en términos cualitativos visto el volumen de negocio de la entidad. Evidentemente, podrá darse el caso de perjuicios económicos que, por muy altos que puedan parecer, no tengan suficiente trascendencia cualitativa como para afectar a los intereses generales; piénsese por ejemplo en la ocultación de una partida de varias decenas de millones de euros en un balance de una entidad financiera de primer orden con un volumen de miles de millones, donde evidentemente dicho desfase, no tiene por qué a afectar de manera definitiva a la solvencia de la propia entidad, ni, por ende, al interés general de la sociedad.

(3).- Por último, fuera de los delitos de trascendencia económica, donde esta excepción a la norma general únicamente alcanza virtualidad en los delitos contra la intimidad, resulta verdaderamente difícil encontrar experiencias anteriores que hayan podido afectar a los intereses generales. De hecho, atendiendo al carácter personalísimo del bien jurídico protegido, que una conducta típica de esta naturaleza pueda trascender dicho interés debería ser la excepción a la norma habitual.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid en el conocido como caso “Cesid”, aunque sin entrar en demasiados detalles, sí llegó a vislumbrar la posibilidad de que, al haberse llegado a emplear por parte del acusado, de forma casi indiscriminada, aparatos electrónicos con la finalidad de examinar el espectro radioeléctrico, afirmó que en tal caso podrían haberse visto afectados los “intereses generales o una pluralidad de personas”³²⁸. Finalmente, y habida cuenta de que el único acusado ostentaba la condición de funcionario público, el Tribunal no tuvo la necesidad de acudir a tal excepción objetiva de perseguibilidad para justificar la condena aun a pesar de la inexistencia de ninguna de las acusaciones particulares, si bien la gravedad de los hechos efectivamente pudieron afectar a los intereses sociales.

³²⁷ Vid también CASTRO, A. *Análisis teórico-práctico de la condición objetiva de procedibilidad en los delitos societarios (especial referencia a la legitimación activa del Ministerio Fiscal)*, op. cit., pág. 62 y 63, para quien en ausencia del bien jurídico inmediato (el patrimonio individual de los sujetos pasivos) no es posible acudir a una posible afectación del bien jurídico mediato (los intereses económicos generales) para dar vida al delito.

³²⁸ SAP Madrid, Sección 2ª, 155/2004, de 4 de abril de 2005.

En casos verdaderamente inusuales como el señalado, quizás sí sea posible entender que, nuevamente, el interés social trasciende el interés individual de perseguir este tipo de ilícitos. No obstante, admitir este tipo de excepciones precisamente en los delitos contra la intimidad, que junto con los que atentan contra el honor, son aquellos que conllevan una mayor carga de *privacidad* dado el carácter personalísimo de los bienes jurídicos protegidos, habida cuenta de sus especiales características, necesariamente obliga a replantear la posibilidad de admitir salvedades parecidas en el resto de los delitos *semiprivados*, *semipúblicos* y *cuasipúblicos*. En efecto, si la afectación de los intereses generales justifica de algún modo la reconversión de los delitos semiprivados en públicos, por qué no plantearnos la posibilidad admitir tal excepción en otro tipo de delitos sometidos a estas exigencias de perseguibilidad. No sólo al resto de los delitos semiprivados – daños imprudentes y faltas –, sino también al resto de los delitos objeto del presente estudio; no en vano, cuanto menor sea el componente de *privacidad* del delito, mayores las posibilidades de que el mismo pueda afectar a intereses generales o, incluso, a una pluralidad de personas.

Sin duda alguna, ésta fue una de las razones que debió de tener en cuenta el legislador cuando en el vigente Código penal permitió la persecución pública de los delitos contra la libertad sexual únicamente a instancias del Ministerio Fiscal, aunque ponderando los legítimos intereses de la víctima, habida cuenta de la especial repercusión social de estos delitos. Y, de igual modo, dicho argumento podría extrapolarse a otros tantos de los delitos estudiados hasta ahora.

Obviamente, ante aquellos ilícitos de escasa entidad, como pueden ser las faltas, los delitos de daños imprudentes o el delito de impago de pensiones, será difícil apreciar la afectación de intereses sociales como para justificar su perseguibilidad pública. Sin embargo, otros casos, como el delito de reproducción asistida no consentida del art. 161, exigen sin duda alguna una mayor reflexión en cuanto a la posible persecución pública de estos delitos; v. gr., para el caso de que dicho delito fuese cometido de forma continuada por un médico o un hospital a varios de sus pacientes. En efecto, si un delito con unas connotaciones tan personalistas como el de la intimidad admite la perseguibilidad pública en casos excepcionales, lo mismo debería predicarse respecto de estos otros. No podemos olvidar en este sentido, de hecho, que dicho delito, además de

proteger intereses individuales como la dignidad o el derecho a la procreación, también afecta a otros supraindividuales como la vida prenatal, la procreación y salud humanas en el sentido amplio, así como el control de las actividades de investigación clínicas y científicas, como ya hemos visto. Parece evidente que, cuando menos, si un delito mucho más privatista como el de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 admite la excepcionalidad de la perseguibilidad pública en casos en que pudieran verse afectados los intereses generales, lo mismo hubiera debido predicarse respecto este otro ilícito, habida cuenta de los interés sociales, que intenta proteger, además de los individuales de la víctima.

§ VI. 5. - *Parámetros restrictivos del elemento pluralidad de personas*

(1).- El término *pluralidad de personas afectadas*, es una expresión equívoca que puede entenderse de diversas maneras, y que debe ser interpretada, nuevamente en aplicación de los principios de oportunidad e intervención mínima, teniendo en cuenta que está incluida en una norma penal y que ésta debe reservarse para los ataques más graves a determinados bienes jurídicos. El análisis habrá de hacerse, por tanto, de forma necesariamente restrictiva.

Partimos de la base de que este término no es desconocido en nuestro Código penal. Existen otros preceptos en los que es posible encontrar, tanto ese mismo concepto, como otros similares. El art. 74, al tratar el delito continuado y delito *masa*, establece penas más graves, de un lado, cuando el sujeto activo, en ejecución de un plan preconcebido y aprovechando idéntica ocasión realice una “pluralidad de acciones u omisiones” que ofendan a “uno o varios sujetos”, y de otro, en relación con los delitos patrimoniales, “si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas”; los fraudes a la Hacienda pública y a la Seguridad Social de los arts. 305 y 307 prevén penas agravadas, entre otras, “atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados tributarios”; por último, el delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje previsto en el art. 399 bis, contempla sanciones más graves cuando los “efectos falsificados afecten a una generalidad de personas o

cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades.”

Existe, no obstante, una diferencia clara e insoslayable en el análisis del término *pluralidad* de personas en los delitos semipúblicos, pues aquí nos encontramos ante una excepción a la regla general, mientras que los supuestos antes citados son subtipos agravados. Que en estos últimos se ha de hacer siempre una interpretación restrictiva no cabe ningún tipo de duda; la posibilidad de seguir ese mismo criterio de interpretación con las excepciones a los requisitos de perseguibilidad es lo que ha dado lugar a opiniones contrapuestas.

Si el establecimiento de condiciones objetivas de perseguibilidad supone, de hecho, la imposición de restricciones a la persecución de los delitos; y si dichas limitaciones responden en unos casos, al principio de mínima intervención o *ultima ratio* del Derecho penal – delitos contra los consumidores y usuarios, delitos societarios –, o incluso a las particularidades de determinados bienes jurídicos protegidos personalísimos difícilmente conciliables con el interés público del *ius puniendi*, parece claro que una interpretación excesivamente amplia podría contradecirse irremediablemente con los principios para los que fue concebida.

Por otro lado, en coherencia con lo expuesto hasta ahora, para poder admitir la perseguibilidad pública de este tipo de delitos, será necesario que la afección de una pluralidad de personas revista determinada alarma social. No ya desde el punto de vista de la afección de los intereses de la sociedad en su conjunto, sino de que el número de víctimas del delito sea de tal magnitud que exijan la intervención del *ius puniendi* aun cuando ninguna de ellas hubiera interpuesto denuncia contra el agresor. Tal circunstancia, obviamente, obliga nuevamente a que la interpretación que hagamos del término pluralidad sea necesariamente de corte restrictivo y excepcional, teniendo siempre en cuenta que el fundamento de cada uno de los delitos afectados por este tipo requisitos.

(2).- De ahí que no podamos sino adherirnos a aquellas posiciones jurisprudenciales que abogan por identificar a una *pluralidad*, no con el hecho de que los afectados sean numerosos, sino con una generalidad o masa indeterminada de perjudicados, esto es, a

un carácter genérico e indeterminado de víctimas³²⁹. Desde esta perspectiva, la expresión pluralidad de personas debe ser interpretada en el sentido de afectación a un grupo cuyos componentes no puedan ser fácilmente individualizados, justificándose por ello la excepción al régimen de denuncia previa. Por pluralidad de personas debe entenderse por tanto – en sentido interpretativo semejante a la delimitación del delito masa regulado en el art. 74 – un número plural de personas de las que objetivamente – y no como hipótesis – pueda afirmarse que han resultado perjudicadas de forma que generen una especial alarma social. Dicho en otros términos, no será precisa la denuncia previa en supuestos en los que existe un interés público indubitado y no solo el interés, legítimo pero particular, de los titulares de los bienes jurídicos protegidos en cuestión, razón por la cual el legislador configura el hecho delictivo como delito público³³⁰.

Así, sólo cuando hay una multiplicidad de perjudicados el hecho adquiere una entidad suficiente que justifique una perseguibilidad pública por su especial gravedad³³¹. Por esta razón, no pocas resoluciones judiciales identifican el término “pluralidad de personas” con el de “multiplicidad” de perjudicados o un número considerable de ellos³³². Y ello, frente a otras opiniones jurisprudenciales confusas y contrarias al espíritu de estos requisitos. Nos referimos en concreto a aquellas resoluciones que vienen interpretando que el vocablo “pluralidad” empleado por el legislador ha de interpretarse conforme lo define el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su acepción segunda, es decir, como “cualidad de ser más de uno”³³³. De este modo, deberá optarse aquí por una interpretación similar a la que la propia doctrina jurisprudencial atribuye a otros preceptos en los que se exige una “pluralidad de sujetos”, aunque sean normas de diferente naturaleza. Por tanto, bastaría con que estuvieran afectados tres o más sujetos titulares de derechos de propiedad intelectual

³²⁹ SAP Barcelona, Sección 8ª, de 15 de octubre de 2004, en relación con los delitos contra la propiedad intelectual e industrial; AAP de Sevilla, Sección 7ª, de 24 de mayo de 2005; SAP Sevilla, Sección 7ª, de 4 de septiembre de 2022; AAP Barcelona, Sección 8ª, de 1 de abril de 2005, 5 de julio de 2004 y 8 de octubre de 2004.

³³⁰ SAP Madrid, Sección 7ª, de 19 de mayo de 2003, en relación con los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

³³¹ Vid. SAP Zaragoza, Sección 3ª, de 20 de octubre de 2005, en relación con los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

³³² SAP Almería, Sección 3ª, de 5 de mayo 2003, en relación con los delitos societarios.

³³³ En la acepción primera, el Diccionario del RAE define el término, no obstante, como “multitud, número grande de algunas cosas, o el mayor número de ellas”.

para que fuese posible prescindir de la denuncia del agraviado a los efectos de la persecución del delito³³⁴.

En efecto, entendemos que la hermenéutica realizada por esta doctrina jurisprudencial se basa en una interpretación literal excesivamente rigurosa y merecedora de crítica. Tal interpretación va además en contra de los principios caracterizadores de la privatización de este tipo de delitos, que buscan la perseguibilidad únicamente a instancias de los perjudicados por no conllevar una excesiva alarma social o daño a los intereses sociales. De ahí la necesidad de una interpretación mucho más restrictiva, en orden a admitir la perseguibilidad pública o de oficio únicamente cuando las excepciones del caso puedan provocar una suficiente alarma social derivada de la afectación de los intereses de un número de personas que necesariamente habrá de ser sensiblemente superior a únicamente tres.

En último lugar, cabe citar una tercera corriente doctrinal, que adopta una posición intermedia entre las citadas hasta ahora, que si bien considera que conforme a lo dispuesto en el Código civil, art. 3.1, como primer criterio de interpretación habría de acudirse al sentido propio de las palabras, atendiendo a las circunstancias del caso entiende excesivo considerar pluralidad en los términos definidos por la Real Academia, pues parecería exagerado que dos o tres personas pudieran considerarse pluralidad. Sin embargo, dicha doctrina entiende que no parece que deba efectuarse tampoco un interpretación excesivamente restrictiva al encontrarnos ante la exclusión de una condición de perseguibilidad³³⁵.

Obviamente, a la vista de lo expuesto hasta ahora, no podemos compartir tampoco esta tesis, siendo exigible por el contrario una exégesis restrictiva respecto del término pluralidad de afectados acorde con los principios político criminales que han inspirado la persecución semiprivada de estos delitos.

(3).- De hecho, esta interpretación de carácter restrictivo ha de extenderse en nuestra opinión a toda la casuística planteada en nuestra jurisprudencia. Un caso claro, podemos

³³⁴ AAP Soria, de 12 de noviembre de 2001, SAP Valencia, Sección 3ª, de 13 de julio de 2009 –propiedad intelectual-, SSAP Madrid, Sección 17ª, de 30 de junio de 2005 y 14 de diciembre de 2007, SSAP Madrid, Sección 16ª, de 9 de enero de 2003, 21 de julio de 2004, 16 de junio de 2006.

³³⁵ SAP Vizcaya, Sección 2ª, de 23 de octubre de 2006.

encontrarlo en el ámbito societario, donde nuevamente, el déficit de concreción de la norma genera equívocos acerca de si el perjuicio podría extenderse a los socios de la entidad. Ni que decir tiene que la interpretación que hagamos en uno u otro sentido puede resultar de una trascendencia vital, pues de admitirse a los socios como afectados por el delito se estaría reconociendo la publicidad del mismo y, por ende, la plena libertad del Ministerio Fiscal para perseguir el delito aún en contra de la voluntad de la propia sociedad.

En efecto, frente a aquellas tesis que nuevamente se apoyan en la indefinición del término para entender que en modo alguno cabe una interpretación tan restringida como para entender que los perjudicados no pueden ir más allá de la propia sociedad³³⁶, entendemos que el mero hecho de verse afectada una persona jurídica no implica, *per se*, que nos encontremos ante una pluralidad de afectados, aun cuando ésta fuera propiedad de miles de accionistas, pues sería aquella y no estos últimos quien, salvo que se acredite un perjuicio directo a los socios, habría sufrido las consecuencias de la misma. En este sentido, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de junio de 2004 – caso “Atlético de Madrid –, con cita de otras, afirmaba lo siguiente: “(...) De entrada, el perjudicado sería el propio Club sin perjuicio de que, en un segundo nivel puedan existir socios individuales – la sentencia se refiere a 3.174 – pero siguiendo la doctrina sentada en las recientes sentencias de esta Sala nº 298/03 de 14 de marzo y en la 1.231/02 de 1 de julio, debemos considerar en tales casos que los perjudicados son las entidades jurídicas en las que se integran los socios, y no éstos directamente./En el caso de autos, esta decisión resulta tanto más justa cuanto que ningún socio individual se ha personado en las actuaciones.”

Efectivamente, aunque el párrafo transcrito se refiere al análisis que efectúa esta sentencia de la agravante de múltiples perjudicados del art. 529.8ª del Código de 1973, la Sala Segunda se remite a dicho análisis y a sus conclusiones a la hora de estudiar a su

³³⁶ SSAP Barcelona, Sección 10ª, de 16 de enero de 2004 y 23 de marzo de 2006: “La mención legal a “pluralidad de personas” es ciertamente un concepto indeterminado (aunque no único en el Texto punitivo) y, siquiera por asimilación a lo que en otros pasajes del Código se refiere, cabría entender que no se satisface la previsión con escaso número de aquellas, o más de una, que bien podría integrarse en la noción de “varias”. El término “pluralidad” se encontraría entonces en los difusos contornos comprendidos entre algo más que “varias” y menos que “múltiples” (que el Código, según extendida interpretación, refiere al sujeto pasivo masa). En cualquier caso, y siempre en el cenagoso terreno de la falta de concreción, en modo alguno puede satisfacerse con la unidad de entidad perjudicada en la presente causa”

vez la aplicación del requisito de perseguibilidad que aquí invocamos, señalando al respecto específicamente lo siguiente: “(n)os estamos refiriendo al contenido del art. 296 que introduce una condición objetiva de perseguibilidad para todos los delitos societarios, y que no obstante venir introducida en el vigente Código, desplegaría su eficacia, retroactivamente en el caso de que se estimase aplicable al anterior Código Penal, dada su naturaleza favorable para el condenado como preceptúa el art. 2-2º del Código Penal. / Tal condición objetiva de perseguibilidad es la exigencia de previa denuncia de la persona agraviada o de su representante, o del Ministerio Fiscal en caso de minoría de edad o incapacidad. Tal requisito convierte en semipúblico la persecución de tales delitos, y viene a ser una consecuencia del principio de mínima intervención del derecho penal, que en los delitos societarios puede tener una especial incidencia en la medida que el ejercicio de acciones en vía civil, pudiera ser suficiente para conseguir la tutela de los derechos de los asociados, evitando criminalizaciones innecesarias. / En el caso de autos, no ha existido tal denuncia de las personas agraviadas, que no tienen que coincidir necesariamente con los perjudicados. / Ciertamente que el párrafo segundo de dicho artículo, exime de dicha presentación de denuncia cuando el delito ‘..afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas..’. En el presente caso no se está en ninguno de los supuestos exceptuados. No ha existido una afectación a intereses generales que deben tener un contenido económico, dada la naturaleza societaria del delito. / No nos parece que la situación que atravesaba el Club Atlético de Madrid tuviera capacidad de afectar a los intereses generales del conjunto de relaciones que vertebran el mundo del fútbol profesional --ámbito que debe delimitar aquel concepto--, o al menos, nada se ha acreditado al respecto en autos. De igual modo tampoco se ha acreditado la afectación a una pluralidad de personas, y al respecto, nos remitimos a lo dicho en el F.J. sexto recurso del Ministerio Fiscal motivos primero a quinto, en relación a la no aplicación de la agravante específica de múltiples perjudicados --art. 529-8º del anterior Código Penal--.”

No podemos olvidar tampoco que nos encontramos ante delitos cometidos exclusivamente en el seno de sociedades mercantiles, que a excepción de las unipersonales es de esperar que siempre aparezcan compuestas por varios socios. De admitirse una tesis contraria a la aquí defendida la exigencia del requisito de perseguibilidad sería la excepción a la norma general, pues en la gran mayoría de los

casos podría esgrimirse la existencia de múltiples socios presuntamente afectados que impediría la restricción de estos delitos pretendida por el legislador.

En último lugar, si en relación con el término *interés general* ya advertíamos sobre la incongruencia de no extenderlo al resto de los tipos delictivos, una vez que el legislador lo ha admitido para los delitos contra la intimidad, por las mismas razones ya esgrimidas debieran de haberse extendido también la excepción relativa a la *pluralidad de afectados* que acabamos de ver.

En efecto, ambas salvedades tienen vínculos en común evidentes que pueden llegar a solapar ambos términos. Así, cuando un delito de estas características tenga la suficiente entidad como para afectar a una pluralidad de perjudicados en los términos ya descritos, fácilmente podrá afectar al interés general. A *sensu contrario*, siempre cabrá la posibilidad de que un comportamiento ilícito que afecte al interés general por perjudicar a un determinado sector de la economía, pueda afectar a su vez a un número considerable de personas.

Sentado lo anterior, nuevamente nos vemos en la necesidad de añadir que la excepción concerniente a la pluralidad de afectados debiera de haberse extendido al resto de tipos delictivos. Evidentemente en delitos de corte personalista como la reproducción asistida in consentida del art. 161, parece difícil que tal situación pueda llegar a producirse, pero lo mismo podría predicarse de los delitos contra la intimidad, de carácter aún más individual o privativo si cabe, y ya hemos visto un caso en el que pudo haber llegado a darse. Por tal motivo, si el legislador entendió incorporarlo en este último tipo delictivo, sin duda alguna debiera haberlo extendido a otras tantas figuras delictivas.

§ VI. 6. - Conclusiones

(1).- Los delitos perseguibles a instancia de parte generan verdaderos conflictos jurisprudenciales. La imprecisión de muchos de estos términos y excepciones es extremadamente importante, pues es precisamente su interpretación la que en muchos casos anulará automáticamente ese componente de *privacidad* del delito, convirtiéndolo directamente en *público*.

(2).- En cuanto a los términos *perjudicado*, *ofendido* y *agraviado*, aun cuando todos estos términos guardan evidentes similitudes, las connotaciones y los requisitos varían sustancialmente. La diferencia estriba en que *agraviado* y *ofendido* se identifican con el sujeto pasivo del delito, esto es, con el titular del bien jurídico protegido por la norma bajo la cual la acción u omisión se subsume. Éstos son, por tanto, quienes sufren directamente las consecuencias de la acción típica. Por el contrario, *perjudicado* es el que sufre alguna consecuencia dañosa del hecho delictivo, sin ser titular del bien objeto de tutela.

Así, mientras la redacción que suele darse a los delitos perseguibles a instancia de parte no plantea mayores problemas, al usar indistintamente el término ofendido – en los delitos contra el honor – o agraviado – en el resto –, la prevista para la falta por homicidio imprudente resulta equivocada. Y es que, carece de toda lógica que, mientras en este precepto se pretende sancionar con pena de multa de uno a dos meses a quienes causaren la muerte de otra persona de modo imprudente, por otro lado pretenda que esta infracción sea perseguible sólo mediante denuncia de persona agraviada o de su representante legal cuando (a) el agraviado no podrá interponer nunca esa denuncia por encontrarse fallecido, y (b) tampoco su representante por cuanto que no cabe la representación legal de fallecidos.

(3).- En cuanto a la legitimación del Ministerio Fiscal en casos de menores, incapaces y desvalidos, la especial indefensión del colectivo justifica el interés del *ius puniendi* en sancionar aquellos ataques de especial gravedad. En efecto, en la medida en que atentar contra una persona especialmente indefensa como lo es un menor o un incapaz puede despertar una especial alarma social, la conversión a *público* de ese delito *semiprivado*, *semipúblico* o *cuasipúblico* está perfectamente justificada.

Uno de los problemas comúnmente planteados reside en qué hacer una vez alcanzada la mayoría de edad – o superada la incapacidad – durante la tramitación del procedimiento penal. En tal caso, cuando un representante inicia una acción penal por un delito privado o semipúblico, lo hace en nombre propio en vez de supliendo a la persona agraviada, siendo necesario que ésta tenga que ratificar la denuncia en el caso de alcanzar la mayoría de edad una vez iniciado el procedimiento penal, parece lógica.

(4).- En cuanto a la determinación del término *afectación de intereses generales*, la interpretación que se haga deberá ser conforme a los principios de intervención mínima y oportunidad que rigen en la perseguibilidad privada. Cuando hablamos de *interés general*, la exigencia de un interés económico de envergadura nacional en el más amplio sentido del término podría resultar desmesurada, siendo recomendable más bien la afectación de los intereses de los consumidores con carácter general. Por tal motivo, es más ajustado interpretar por “intereses generales” la incidencia sobre géneros, mercancías o actividades esenciales que puedan afectar al buen desarrollo de intereses sociales o de la comunidad en cualquiera de los aspectos del tráfico mercantil.

Ahora bien, dada la pluralidad de delitos que admiten esta excepción, pueden darse casos en los que resulte innecesaria; en algunos supuestos parece que la tónica general será que las probabilidades de verse afectados los intereses generales pueden llegar a ser muy altas según el tipo en cuestión. Piénsese, v. gr., en el delito de alteración de precios en materias primas o productos de primera necesidad del artículo 281, que si bien es un tipo delictivo de difícil comisión, es evidente que llegado el caso los intereses de la comunidad siempre se verían afectados. En consecuencia, el requisito de perseguibilidad para este tipo de casos carecería por completo de sentido, pues de cometerse, dada su especial trascendencia, se convertiría inmediatamente en *público*.

Adicionalmente, admitir este tipo de excepciones en los delitos contra la intimidad, que junto con los que atentan contra el honor, son aquellos que conllevan una mayor carga de *privacidad* dado el carácter personalísimo de los bienes jurídicos protegidos, habida cuenta de sus especiales características, necesariamente obliga a replantear la posibilidad de admitir salvedades parecidas en el resto de los delitos *semiprivados*, *semipúblicos* y *cuasipúblicos*. En efecto, si la afectación de los intereses generales justifica de algún modo la reconversión de los delitos semiprivados en públicos, por qué no plantearnos la posibilidad admitir tal excepción en otro tipo de delitos sometidos a estas exigencias de perseguibilidad. No sólo al resto de los delitos semiprivados – daños imprudentes y faltas –, sino también al resto de los delitos objeto del presente estudio; no en vano, cuanto menor sea el componente de *privacidad* del delito, mayores las posibilidades de que el mismo pueda afectar a intereses generales o, incluso, a una pluralidad de personas.

(5).- Finalmente, la expresión *pluralidad de personas* debe ser interpretada en el sentido de afectación a un grupo cuyos componentes no puedan ser fácilmente individualizados, justificándose por ello la excepción al régimen de denuncia previa. Por pluralidad de personas debe entenderse por tanto – en sentido interpretativo semejante a la delimitación del delito masa regulado en el art. 74 – un número plural de personas de las que objetivamente – y no como hipótesis – pueda afirmarse que han resultado perjudicadas de forma que generen una especial alarma social. Dicho en otros términos, no será precisa la denuncia previa en supuestos en los que exista un interés público indubitado y no solo el interés, legítimo pero particular, de los titulares del bien jurídico protegido en cuestión, razón por la cual el legislador configura el hecho delictivo como delito público.

TERCERA PARTE

Análisis de la pretendida justificación de la privacidad de cada delito en particular: nueva crítica a la perseguibilidad privada

CAPÍTULO VII. - DELITOS CONTRA EL HONOR

§ VII. 1. - Introducción: particular referencia a la exigencia de querella

(1).- Con carácter general, el Libro II del Título XI del Código penal regula los denominados delitos contra el honor. No obstante, no todos los delitos llamados a proteger este derecho fundamental tienen acogida en ese mismo lugar. Existen otros ilícitos, por afectar a otros bienes jurídicos protegidos que trascienden el mero honor su titular, se encuentran regulados en distintos apartados: es el caso de los ataques contra el honor de otras personas revestidas de especiales privilegios, como el Rey y otros miembros de la Corona o de la regencia – arts. 490.3 y 491 –; a las Cortes Generales o a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas – art. 496 –; a altos órganos de la Nación tales como, de un lado, el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, el Consejo de Gobierno o los Tribunales Superiores de Justicia, y de otro, los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado -art. 504-; informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones – art. 510.2 –; injurias contra personas protegidas en casos de conflicto armado – art. 612.3º –; ultrajes a una confesión religiosa – art. 525 –; ultrajes a la Nación o a sus símbolos – art. 543 –; la falta de injurias – art. 634 –; o, incluso, las calumnias e injurias cometidas en campaña electoral – art. 148 LO 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral –³³⁷.

A la vista de esta pluralidad, no han faltado críticas de ciertos sectores doctrinales que, apoyadas en el respeto por el principio de igualdad, abogan por su derogación, reconducción y sanción mediante las reglas generales incriminatorias de los delitos

³³⁷ En relación con los previstos en el Código penal de 1973, el vigente Código penal dejó fuera la figura de desacato e insultos, injurias y calumnias a la Autoridad, sus agentes y demás funcionarios públicos previstos por el antiguo art. 240 y ss.

comunes de injurias calumnias³³⁸. Tales opiniones no tienen en cuenta sin embargo aquellos bienes jurídicos adicionales protegidos por estos otros delitos que, revestidos de un mayor interés social, justifican su tratamiento diferenciado, incluso, desde el punto de vista de su perseguibilidad.

Por otro lado, son múltiples las normas y leyes en los diferentes ámbitos que protegen el derecho al honor, empezando por nuestra propia Constitución y las diversas Declaraciones de Derechos. Como veremos más adelante, el honor se encuentra protegido, además de por la jurisdicción penal, por la legislación civil mediante la LO 1/1982, de 5 de mayo, por lo que, en buena lógica, la aplicación de los arts. 205 y ss. ha de quedar reservada a las agresiones más graves en virtud de los principios de intervención mínima, fragmentariedad, subsidiariedad y *ultima ratio* del Derecho penal. No obstante, los continuos solapamientos entre ambas legislaciones provocan no pocos problemas de aplicabilidad.

(2).- Tal y como hemos expuesto al inicio del presente estudio, los denominados delitos contra el honor cometidos contra particulares son los que gozan de un mayor componente de privacidad entre todos los sujetos a algún tipo de condición de perseguibilidad. También son los delitos que contienen mayores exigencias al ser los únicos que precisan de interposición de querella por parte del ofendido³³⁹, en los que éste sigue teniendo el pleno control del procedimiento penal a través del perdón, y en los que el Ministerio Fiscal carece de legitimación para intervenir.

³³⁸ En este sentido, vid. CARMONA SALGADO, C. *Comentarios al Código penal* (Dir. GÓMEZ TOMILLO, M.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 821. También, LÓPEZ PEREGRÍN, C. *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, *passim*.

³³⁹ Vid. VIVES ANTÓN T. S., *Derecho penal. Parte Especial*, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 349, para quien la exigencia expresa de querella en lugar de denuncia plantea en primer lugar alguna duda respecto de los artículos 4.1 y ss. de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, que nunca fueron expresamente derogados, y en los que únicamente se exigía denuncia para el supuesto de que la calumnia o injuria se difundiere por medios mecánicos. No obstante, entiende el autor que vista la redacción del Código penal de 1995, que contempla una regulación total y completamente renovada, quizá hubiera que inclinarse por una derogación tácita. Por otro lado, entiende ese mismo autor que, si bien por un lado, la perseguibilidad mediante denuncia constituye una (dudosa) medida de tutela del honor, por otro, la persecución de la misma únicamente mediante interposición de denuncia representaba a la vez una facilidad añadida para coartar la libertad de expresión, difícilmente justificable desde la perspectiva constitucional. En parecido sentido, vid. también LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A./MENDOZA BUERGO, B. *Código penal* (Coord. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.), Thomson Civitas, 2004, pág. 1239, que entienden que efectivamente el art.4.1 de la L 62/1978, de 26 de diciembre, quedó tácitamente derogado por el actual art. 215 CP, y así fue asumido por la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/1996, de 22 de mayo, y en la Consulta 7/1997, de 15 de junio, que extiende la pérdida sobrevenida de legitimación del Fiscal a los procesos seguidos por los hechos anteriores a la entrada en vigor del Código penal de 1995.

Sin embargo, existen ciertas excepciones y estas exigencias pueden llegar a suavizarse en algunos supuestos, tal y como ocurre con la persecución de las injurias leves – falta de injurias del art. 620.2º –, que siguen admitiendo la extinción de la acción penal mediante el perdón del ofendido pero que no exigen la interposición de querrela para su persecución, sino únicamente presentación de “denuncia por parte de la persona agraviada o de su representante legal”, probablemente por la escasa entidad de este tipo de ilícitos. Básicamente, porque vista la poca gravedad de la ofensa, así como que la interposición de una querrela resulta mucho más laboriosa y costosa que una mera denuncia, parece más que justificado que las faltas no prevean tantas trabas.

No resulta coherente sin embargo el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con los delitos de injurias, el art. 639 permita la denuncia del Ministerio Público en aquellos casos en los que el ofendido sea menor de edad, incapaz o persona desvalida. Si tal participación no está permitida respecto de las ofensas más graves – delitos –, carece de sentido su aplicabilidad respecto de los de menor entidad – faltas –.

Por último, hasta el año 2003, el requisito de perseguibilidad era de aplicación también a las calumnias e injurias cometidas contra funcionarios públicos de los arts. 205 a 210. Sin embargo, y aun siendo cierto que según la literalidad del art. 215.3, en teoría, sigue operando el perdón del ofendido, a partir de dicha reforma pasaron a ostentar la condición de delitos públicos. Según la exposición de motivos de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, el motivo de tal reconversión fue debido a las influencias de un claro sector de la doctrina científica que desde hacía tiempo venía defendiendo la publicidad de estos delitos: “(e)n los delitos de injurias y calumnias contra funcionario público o autoridad administrativa o agente de la misma se ha establecido, de acuerdo con un importante sector de la doctrina, que puedan ser perseguidas de oficio cuando sea sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos”³⁴⁰. No podemos sino adherirnos a dicha postura, que por otro lado no era más que armonizar la perseguibilidad de este tipo de ofensas cuando de otro tipo de intereses más allá de los estrictamente privados –

³⁴⁰ Vid., entre otros, MONTÓN REDONDO, A. *Posicionamiento procesal ante los delitos de calumnia o injuria*, La Ley, 1994, pág. 1.004, Tomo 4, para quien en este caso nos encontraríamos ante un delito público, perseguible de oficio, y al que han de aplicarse para su investigación y enjuiciamiento las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En cambio, cuando la ofensa se comete entre particulares pero con publicidad, nos encontramos ante un delito semiprivado.

el mero honor del ofendido – se trataba, al igual que sucede con los ya referidos atentados contra cargos públicos o miembros del Gobierno ya referidos anteriormente.

§ VII. 2. - Antecedentes histórico-legislativos: invariabilidad histórica de la perseguibilidad privada de las injurias y calumnias

(1).- El Código penal de 1995 mantiene la vieja distinción entre calumnia e injuria, vigente desde el Código penal de 1848 – arts. 365 ss. y 369 ss., respectivamente –, en su Título XI bajo la rúbrica de “delitos contra el honor”, siguiendo influencias de los Códigos penales brasileño y francés³⁴¹.

Aun cuando la tipificación de los delitos contra el honor se remonta a las Partidas, esta regulación procede a su vez del anterior Código penal de 1822, que en el Título II de la Parte Segunda, y entre los delitos “contra la honra, fama y tranquilidad de las personas”, contenía un capítulo destinado a la protección “de las calumnias, libelos difamatorios, injurias y revelación de secretos confiados”³⁴². Era la primera vez que un Código penal regulaba este tipo de delitos, y en sus distintas versiones de calumnias, injurias graves, livianas, públicas, privadas – es decir, sin publicidad –, etc. en sus arts. 699 y ss., si bien en esta inicial ocasión el legislador no estimó procedente incluir aún ningún tipo de requisito de perseguibilidad.

Esta consideración fue inmediatamente rectificada en el siguiente Código penal de 1848, que reconocía que, dada la especial naturaleza de los mismos, no podrían regirse por los principios generales de persecución criminal, estableciendo en su art. 381 que

³⁴¹ Vid. IÑESTA PASTOR, E., *El Código Penal Español de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 719 y 725. Según la autora, la regulación de los delitos de injurias y calumnias fue inicialmente redactada por Clarós, que guiado por influencias francesa y brasileña distinguía en un principio entre calumnia, injuria y difamación. A dicha consideración se opuso Gallardo en la sesión de 3 de mayo de 1845 acudiendo a las partidas aunque, finalmente, en la siguiente de 5 de mayo, se optó por incluir la difamación en la injuria persistiendo, por tanto, tal distinción en la forma en la que la conocemos en la actualidad.

³⁴² En opinión de BACIGALUPO, E. *Delitos contra el honor*, Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa” (Dir. JAÉN VALLEJO, M, MORENO Y BRAVO E. y SILVA CASTAÑO M^a L.), Dykinson, Madrid, 2000, pág. 3, la regulación de los delitos contra el honor del Código penal de 1822 probablemente tuvo su inspiración en el Código Francés de Napoleón, que marcaría el desarrollo de los delitos contra el honor especialmente en relación al bien jurídico protegido; en parecido sentido, vid. CARMONA SALGADO, C. *Derecho penal español. Parte especial* (Coord. COBO DEL ROSAL, M.) Dykinson, Madrid, 2004, pág. 369.

“nadie podía ser castigado por calumnia o injuria sino (por) querella de la parte ofendida”, añadiendo además dicho precepto que si mediara el perdón del ofendido, el culpable quedaría exento de pena. No obstante, y aun cuando dicho precepto únicamente habla de ofendido como persona legitimada para ejercer la acción penal, lo cierto es que el art. 378 relativizaba esa exigencia admitiendo la interposición de querella a los “ascendientes, descendientes, cónyuge y hermano del difunto agraviado siempre que la injuria o la calumnia trascendiere a ellos, y en todo caso al heredero”.

A partir de ese momento, estos delitos pasaron a gozar de esa misma *privacidad* que, con la excepción de la perseguibilidad por parte de los referidos ascendientes, descendientes, cónyuges y herederos, ha perdurado hasta la actualidad, condicionando en todo momento su punibilidad a la mera voluntad del ofendido, salvo contadas excepciones como la que ya hemos visto en relación a los delitos contra el honor cometidos contra funcionarios³⁴³.

(2).- Los rasgos estructurales de ambos textos se han mantenido vigentes hasta la fecha, habiendo persistido en términos generales las ideas básicas de este tipo de ilícitos hasta el vigente Código penal, incluso, en el Proyecto de 1980 – arts. 220 y ss. – y la en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 – arts. 194 y ss. –, en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 – arts. 204 y ss. – y en el Anteproyecto de la Ley Orgánica del Código Penal de 1994 – arts. 197 y ss. –. Quizás, la única variación de cierta relevancia fue la introducción de forma novedosa, aunque fugaz, de la figura de la difamación en el Código penal de 1928. No obstante, salvo dicha alteración temporal, la regulación de este tipo de ilícitos ha permanecido invariable desde hace ya más de siglo y medio.

La herencia dejada por el Código penal de 1848 ha sido por tanto extremadamente fuerte, pues a pesar de los muchos Códigos aprobados con posterioridad, así como de las múltiples reformas introducidas en los mismos, los fundamentos del requisito de perseguibilidad han permanecido tal y como fueron concebidos casi desde el primer momento, hasta el punto de mantener tanto la exigencia de querella como la aceptación

³⁴³ No obstante, la LO 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, a la que más adelante nos referiremos, sí prevé la protección del honor por parte del heredero en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento de una persona.

del perdón del ofendido como causa de exclusión de la punibilidad en unos términos asombrosamente parecidos a los actuales. Incluso desde un punto de vista terminológico la redacción ha continuado invariable, v. gr., al seguir identificando al ofendido como el sujeto pasivo del delito, a diferencia de lo que ha sucedido con otros delitos, como veremos más adelante. Dejando de un lado la falta de homicidio imprudente, es de hecho el único tipo delictivo en el que el legitimado para interponer la acción penal es el *ofendido* en lugar del *agraviado*³⁴⁴.

(3).- Por lo que respecta al vigente Código penal, la exigencia de querrela del art. 215 es heredada en términos muy parecidos, y con la única salvedad de la excepción relativa a funcionarios públicos, del párrafo 3º del art. 467 del anterior Código penal de 1973, que disponía literalmente, y en términos muy similares a los del actual art. 215.1 que: “nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la parte ofendida, salvo cuando la ofensa se dirija contra la autoridad pública, corporaciones o clases determinadas del Estado, y lo dispuesto en el capítulo VIII del título II de este libro”. En su lugar, la redacción original del Código penal de 1995 exigía la interposición de “denuncia cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos”.

No obstante, la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, propiciaría – acertadamente – la reconversión a delitos públicos de las injurias y calumnias proferidas contra funcionarios públicos³⁴⁵. Así es, en virtud de dicha reforma, el art. 215 sería modificado en el sentido de permitir nuevamente, como ya lo hiciera el Código penal precedente, la persecución de oficio de los delitos de honor dirigidos contra un “funcionario público, autoridad o agente”, mediante la mera interposición de denuncia³⁴⁶. Todo ello, habida cuenta de que, además de al honor de dicho funcionario, afectaba a un interés eminentemente público.

³⁴⁴ Sin embargo, la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, hace referencia indistintamente al *ofendido* y al *perjudicado*, equiparando por tanto ambas figuras.

³⁴⁵ Aun así, no faltaron voces discrepantes que criticaron esta reforma, por entender que establecía, en el sentido antes apuntado, una improcedente perseguibilidad de oficio en calumnias e injurias contra autoridades y funcionarios. Vid. VIVES ANTÓN T. S., *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 350.

³⁴⁶ Antes de la referida reforma, el art. 215 rezaba lo siguiente: “Bastará la denuncia cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.”

Adicionalmente, la eliminación de este requisito en este concreto supuesto supuso una coherente armonización con otros casos similares, como sucede, v. gr., con los atentados contra la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos de los arts. 550 y ss., o incluso, con los delitos de calumnias, injurias y amenazas cometidos contra altos funcionarios del art. 504, entre otros. De este modo, la “persecución de oficio” en los delitos de injurias y calumnias contra funcionarios supuso, en cierto modo, la reintroducción del antiguo delito de desacato que fue suprimido por el Código penal vigente, empleado para limitar la libertad de expresión e impedir la crítica a los cargos públicos. La inclusión de este delito venía justificada sobre la base de que la imputación calumniosa o injuriosa se hacía para provocar la denuncia o querrela del funcionario y de este modo poder recusarlo en el asunto del que estuviera entendiendo³⁴⁷.

En último lugar, es de destacar además que la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, si bien por una parte ha restringido el carácter privativo en uno de los casos, en otros ha ampliado la posibilidad de ejercer las acciones de protección civil por el ofendido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el oportuno procedimiento penal, y también al Ministerio Fiscal, cuando el condenado por sentencia firme por un delito lo utilice para alcanzar notoriedad pública u obtener provecho económico, o divulgue datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de la víctima³⁴⁸.

(4).- Sentado lo anterior, y a la vista de la exigencia de querrela para la persecución de estos delitos se ha mantenido a lo largo del tiempo de forma invariable, al menos en sus aspectos esenciales, lo cierto es que la regulación legal de este tipo de ilícitos, en el más amplio sentido del término, sí ha sufrido cambios de calado. Básicamente, porque además del reconocimiento expreso que otorga nuestra Carta Magna al derecho

³⁴⁷ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, 19ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 277 y ss.

³⁴⁸ Disposición final segunda LO 5/2010: “Modificación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se añade un nuevo apartado cuatro al artículo cuarto y un nuevo apartado ocho al artículo séptimo, y se modifica el artículo noveno de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en los términos siguientes: Uno. Se añade un nuevo apartado cuatro al artículo cuarto, que queda redactado como sigue: Cuatro. En los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito a que se refiere el apartado ocho del artículo séptimo, estará legitimado para ejercer las acciones de protección el ofendido o perjudicado por el delito cometido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el proceso penal precedente. También estará legitimado en todo caso el Ministerio Fiscal. En los supuestos de fallecimiento, se estará a lo dispuesto en los apartados anteriores. (...)”

fundamental al honor, desde la década de los ochenta determinados atentados contra el honor – los menos graves, presumiblemente – pasaron a estar regulados en el orden civil a través de la citada LO 1/1982, de 5 de mayo.

Indudablemente, tal circunstancia habría hecho recomendable la revisión de los delitos contra el honor sancionados por el Código penal, tanto desde el punto de vista de su punibilidad, al ser evidente que a partir de entonces no todos los atentados de esta naturaleza iban a ser constitutivos de delitos, como del de su perseguibilidad, al existir ahora una vía *privada* en la cual iban a poder depurarse muchos de los atentados producidos contra el mismo bien jurídico protegido. Sin embargo, al no haberse producido dicha revisión, los solapamientos y confusiones entre ambas jurisdicciones son evidentes y constantes.

§ VII. 3. - Consecuencias para la perseguibilidad privada atendiendo al bien jurídico protegido y al carácter personalísimo del derecho al honor

(1).- Tradicionalmente, los delitos contra el honor han sido incluidos entre aquellos que atentan contra las personas y los bienes de titularidad individual, si bien los tipos especiales de injurias nos demuestran que la protección del honor puede ir más allá de la persona física individual, alcanzando no sólo a personas de especial consideración tales como altos cargos de la Nación o el Rey, sino incluso a las propias personas jurídicas, tal y como así ha sido reconocido de forma expresa por nuestra jurisprudencia³⁴⁹.

³⁴⁹ Aunque efectivamente es una cuestión que en un primer momento planteó opiniones divergentes, el hecho de que las personas jurídicas puedan ser sujetos pasivos respecto de los delitos de injurias y calumnias es una cuestión actualmente admitida por nuestros Tribunales Constitucional y Supremo. Así, podemos destacar el auto de nuestro Tribunal Constitucional de 16 de junio de 1990, que declaró existente un delito de calumnia contra la Judicatura al entender que resultaron afectados los Jueces integrantes de dicha institución por tratarse de “personas individualizadas, perfectamente identificables”, cuyo honor puede lesionarse como el de las restantes personas físicas; o la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1995, que afirmaba que “el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir” de su ámbito de protección a las personas jurídicas. En parecido sentido, entre la Jurisprudencia menor, podemos destacar la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Alicante, de 13 septiembre 2005, o el auto de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 27 julio de 2000. Mucho más ampliamente sobre esta cuestión, vid. LÓPEZ PEREGRÍN, C. *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, op. cit., *passim*.

El derecho al honor es un concepto que ha sido objeto además de permanente discusión en la doctrina desde antiguo, en gran medida, por las numerosas circunstancias que pueden incidir en su determinación por tratarse de un concepto *prejurídico*, y expuesto a las características personales y circunstanciales de cada caso, así como a los usos y costumbres sociales del momento.

Sea como fuere, el hecho de que el Código penal regule las injurias y las calumnias bajo el mismo título, como consecuencia de una centenaria tradición legislativa, a primera vista es fácil deducir que ambos tienen al honor como bien jurídico protegido. Hasta tal punto es así que, de hecho, dada la relación interna existente entre ambos delitos, es posible identificar a los primeros como un tipo básico de los delitos contra el honor, y a los segundos como una figura agravada dada la particular intensidad de la lesión del bien jurídico protegido derivada de los contenidos de los hechos imputados³⁵⁰. Por este motivo, ambos aparecen bajo la misma rúbrica, con idéntico tratamiento en cuanto a su perseguibilidad, su condena agravada en caso de ser propagadas con publicidad, o las exenciones de penas en casos de acreditarse la veracidad de las imputaciones. En definitiva, la única diferencia apreciable entre ambos, además de las peculiaridades de cada delito desde el punto de vista de su tipicidad, reside en la previsión de sanciones más graves para el delito de calumnias.

No han faltado sin embargo voces discrepantes que han optado por una diferenciación del objeto de tutela, hasta el punto de defender, v. gr., que mientras el delito de calumnias se acerca más a la denuncia falsa y, en consecuencia, a un delito contra la Administración de Justicia *ex art.* 456, o contra la persecución injusta a un ciudadano, el delito de injurias, en la medida en que implicaría la imputación de hechos verdaderos, se asemeja más a un delito contra los secretos privados que al de protección al honor³⁵¹.

No es posible compartir sin embargo esta tesis. De un lado porque el delito de injurias trae causa, no sólo por la imputación de hechos, sino también por la gravedad de las

³⁵⁰ Vid. LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos contra el honor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 13. Vid. también BERNAL DEL CASTILLO, J. *El delito de injurias*, Diario La Ley, 1996, Ref. D-108, Tomo 2, quien de hecho, sostuvo con motivo de la entrada en vigor del actual Código penal de 1995, que su carácter residual, su escasa aplicabilidad y su falta de concordancia con otros sistemas en el Derecho comparado, hubieran justificado suprimir el delito de calumnias como *delictum sui generis*, pasando a constituir una modalidad agravada de injuria.

³⁵¹ BACIGALUPO, E. *Delitos contra el honor*, op. cit., pág. 5.

expresiones proferidas o de las acciones ejecutadas para menoscabar la honra, el crédito o aprecio de las personas; de otro, porque el delito de calumnias tampoco conlleva un delito contra la Administración de Justicia o una persecución ilícita, *per se*, al efectuarse la imputación falsa de un delito simplemente con ánimo de desprestigiar, pero sin intención – ni necesidad – expresa de involucrar a ningún órgano jurisdiccional, como sí ocurre en cambio con el delito de denuncia falsa³⁵².

Adicionalmente, el derecho al honor está indefectiblemente vinculado a la fama o reputación social del individuo e incluso a la propia dignidad, a pesar de existir cierta controversia en este último punto³⁵³, aunque tal apreciación pueda plantear a su vez otros tantos problemas en cuanto a la definición del concepto de dignidad³⁵⁴. Es por tanto un derecho extremadamente impreciso³⁵⁵ y de difícil acotación³⁵⁶, que si bien ha sido concebido desde perspectivas tan dispares como la moral, la psicológica o la sociológica, carece de cualquier tipo de definición como tal en ningún texto legal, por tratarse de un derecho particularmente mutable en función de las circunstancias concretas – personales y ambientales – y de las ideas concretas de cada época³⁵⁷,

³⁵² Cfr. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 862, para quien además de un ataque contra el honor del ofendido, el delito de acusación y denuncia falsa constituye también un ataque contra la Administración de Justicia, por cuanto que implican la utilización indebida de la actividad jurisdiccional. Ambos bienes son objeto de protección en el Capítulo V del Título XX, si bien el honor es sólo de un modo indirecto o subsidiario en el art. 456, ocupando el primer plano sólo cuando la imputación falsa del hecho delictivo no llega a constituir una acusación o denuncia falsas, encontrándonos entonces ante el delito de calumnia del art. 205.

³⁵³ A favor de dicha equiparación, vid, entre otros, VIVES ANTÓN T. S., *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 396, para quien la dignidad de la persona constituye la esencia misma del honor y determina su contenido, de tal forma que los ataques contra el mismo constituyen infracciones contra la autoestima y la fama (heterostima) del individuo; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 278 y 279; BERNAL DEL CASTILLO, J. *Honor, verdad e información*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1994, pág. 23 y ss.; ROMERO COLOMA, A. M^a *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, Serlipost, Barcelona, 1991, pág. 9, que a su vez entiende necesario distinguir entre el honor de las personas y la honra; BELLO LANDROVE, F. *Infracciones contra el honor: algunas cuestiones relevantes*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, vol. 92, n° 5, Reus, Madrid, 1986, que entiende que el honor, en un aspecto “general”, implica, además de la dignidad o la buena fama, otros valores como la intimidad, el respeto propio y ajeno o la consideración social y familiar. En contra, entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español. Parte Especial*, op. cit., pág. 288.

³⁵⁴ Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, F. *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II* (Dir. BAJO FERNÁNDEZ, M.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pág. 256, que afirma que la dignidad es un concepto tan difícil de aprehender como el honor y en los que se producen los mismos problemas de delimitación.

³⁵⁵ BELLO LANDROVE, F. *Infracciones contra el honor: algunas cuestiones relevantes*, op. cit.

³⁵⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M./DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J. *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, Tomo III, *Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 3ª Ed., Madrid, 1995 pág. 284.

³⁵⁷ GALÁN JUÁREZ, M. *Intimidación. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pág. 99.

opinión que además ha sido compartida plenamente por nuestro Tribunal Constitucional³⁵⁸.

(2).- Atendiendo a las circunstancias concretas del caso, la tutela del bien jurídico puede variar en función de la forma e intensidad de participación de cada individuo en la vida social. De este modo, si bien no puede privarse a ninguna persona de su derecho al honor, obviamente su consideración – y, por ende, su vulnerabilidad – puede variar en función de los criterios ético sociales, ya que la protección se extiende a la condición social merecida³⁵⁹.

Esta concepción en cuanto al bien jurídico protegido no está exenta de críticas, como la puesta de manifiesto por parte de la doctrina en el entendimiento de que determinar el grado de dignidad u honor de cada individuo en función de criterios variables según las características concretas de cada individuo, resulta contrario al fundamento igualitario otorgado a este derecho fundamental. No obstante, dicha crítica es fácilmente rebatible

³⁵⁸ Al respecto, vid. STC de 26 de septiembre de 1995, entre otras: “No existe positivizado, lo que facilitaría el camino, un concepto de «derecho al honor», ni en la Constitución, ni en ninguna otra ley. Este Tribunal se ha referido expresamente a la imposibilidad de encontrar una definición del mismo en el propio ordenamiento jurídico (STC 223/1992). Se trata de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (STC 185/1989), que encaja sin dificultad, por tanto, en la categoría jurídica conocida de conceptos jurídicos indeterminados (STC 223/1992). A pesar de la imposibilidad de elaborar un concepto incontrovertible y permanente sobre el derecho al honor, ello no ha impedido, acudiendo al Diccionario de la Real Academia Española, asociar el concepto de honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Convenio de Roma), «la cual -como la fama y aún la honra- consisten en la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva si no van acompañadas de adjetivo alguno. Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, éstas, en cambio, intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o difamación, lo difamante. El denominador común de todos los ataques e intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 LO 1/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas» (STC 223/1992 y, recientemente, STC 76/1995).” En parecido sentido, vid. también SSTC de 11 de octubre de 1999 o de 28 de enero de 2003; así como también la STC de 26 de febrero de 2001 que relaciona dicho concepto con el de dignidad: “Abundando en este concepto constitucional de honor, en íntima conexión con la dignidad de la persona –art. 10.1 CE– (STC 180/1999, F. 5), hemos afirmado que el art. 18.1 CE otorga rango constitucional a no ser escarnecido o humillado ante sí mismo o ante los demás (STC 85/1992, de 8 de junio, F. 4)”;

o incluso al STC de 26 de septiembre de 1995, que dada la imprecisión del anverso del derecho al honor, busca su delimitación a través del reverso: “Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, éstas, en cambio, intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o difamación, lo difamante. El denominador común de todos los ataques e intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 LO 1/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas» (STC 223/1992 y, recientemente, STC 76/1995).”

³⁵⁹ ALONSO ÁLAMO, M. *Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales*, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1982, Tomo XXXVI, págs. 127 y ss.

ya que evidentemente el principio de igualdad paritaria no exige igual tratamiento en circunstancias diferentes, sino la fundamentación en base a dichas diferencias³⁶⁰.

Ahora bien, al margen de si vinculamos el honor con la dignidad de la persona, de las distintas corrientes doctrinales y de las objeciones esgrimibles respecto de cada una de ellas, su carácter eminentemente personalista es inobjetable. Y desde esta perspectiva, es indiferente su identificación con la moral, la fama, la reputación, la estimación propia o ajena o la posición social, pues lo cierto es que la misma irá siempre vinculada a la propia personalidad de cada individuo. El honor es por tanto un elemento absolutamente subjetivo cuya lesión, evidentemente, afecta al sujeto pasivo, y que solo de forma muy indirecta trascenderá al resto de los miembros de la sociedad.

Nos encontramos además ante un derecho cuyo reconocimiento, en mayor o menor grado, dependerá muchas veces de la actitud mostrada por su titular, de tal modo que, si éste muestra un mayor compromiso o celo con su exposición pública, su grado de protección podrá ser mayor; pero si en cambio, muestra una actitud mucho más desinhibida y extrovertida, ésta podrá plantear mayores dificultades. No en vano, a pesar de las diferencias ofrecidas por la doctrina en cuanto a su definición, a la hora de garantizar su protección no existe duda alguna de que habrá que estar a las circunstancias concretas de cada caso, lo que necesariamente implica tener en cuenta la actitud del ofendido, aunque sin perder de vista obviamente la agresión proferida. Así las cosas, junto al citado carácter personalísimo de este derecho, no podrá obviarse en modo alguno la especial disponibilidad que el mismo lleva aparejada respecto de su titular, por ser el único capacitado para establecer los límites de la protección de su propio honor.

(3).- La tesis mostrada hasta ahora del derecho al honor en cuanto al bien jurídico protegido coincide con la denominada opinión *mixta* adoptada por la doctrina, que en cierto modo pretende aunar o conciliar otras dos anteriores corrientes, comúnmente denominadas *fáctica* y *normativa* , partiendo de la identificación del honor de las

³⁶⁰ LÓPEZ PEREGRÍN, C. *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, op. cit., pág. 87. También CARUSO FONTÁN, M^a. V., *El delito de calumnias y la protección al honor*, Difusión Jurídica, Madrid, 2008, pág. 29.

personas con su dignidad, pero que igualmente entiende oportuno atender también a la realidad social para graduar el alcance concreto del bien jurídico³⁶¹.

En efecto, por lo que respecta a la corriente *fáctica*, mientras algunos autores suelen acudir a WEZEL para definir el honor como el “aspecto de la dignidad personal que tiene cada persona por el hecho de serlo”³⁶², otros optan por acudir a la tradicional concepción establecida por FRANK, conforme a la cual dos son los elementos que determinan el concepto de honor: desde un punto de vista objetivo, la fama o reputación social, entendida como la valoración que los demás hacen de nosotros – concepción *fáctico-social* –; y desde un punto de vista subjetivo, la propia estimación, es decir, el juicio que cada uno de nosotros se forma de sí mismo³⁶³ – concepción *fáctico-psicológica* –.

Uno de los inconvenientes que plantea esta tesis es que está irremediablemente anclada en el pasado, pues tradicionalmente el privilegio de gozar de dicho derecho estaba reservado sólo a una parte de nuestra sociedad³⁶⁴. De igual forma, y en cuanto al punto de vista subjetivo, esta concepción fáctica podría suponer dar protección a personas con falsas expectativas sobre sí mismas en perjuicio de otras que no tuvieran confianza en su propia valía, o negársela a quienes no tuvieran conciencia de la protección de la dignidad, como los niños o incapaces³⁶⁵. Incluso, podría argumentarse que nos encontramos ante factores inadecuados por depender de variaciones innecesarias, tanto

³⁶¹ Vid. LÓPEZ PEREGRÍN, C. *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, op. cit., pág. 79 y ss., para quien de dicho concepto del honor cabría extraer tres consecuencias fundamentales: (a) la derivación del honor de la dignidad humana implica la existencia de un límite mínimo para el honor; (b) el valor real del sujeto, y el correspondiente ámbito de su pretensión de respeto, al margen de su valor como persona, lo determina cada individuo con su propio comportamiento; y, (c) al referirse el honor al valor que merece el comportamiento del individuo en todas las esferas sociales, incluye también su actuación en el ámbito laboral o profesional.

³⁶² Vid. BACIGALUPO, E. *Delitos contra el honor*, op. cit., pág. 5.

³⁶³ Vid. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 278; también BERNAL DEL CASTILLO, J. *El delito de injurias*, op. cit.

³⁶⁴ En efecto, tradicionalmente, y hasta hace relativamente poco, dicho reconocimiento era patrimonio exclusivo de la clase aristocrática o de determinados miembros de la sociedad, hasta el punto de que muchas de las normas sociales encontraban su justificación en este criterio social. Vid., entre otros autores, CARUSO FONTÁN, M^a. V., *El delito de calumnias y la protección al honor*, op. cit., pág. 25, que pone como ejemplo de dicha discriminación social el delito de uxoricidio, auténtico privilegio concedido al hombre en defensa de su honor, en virtud del cual podía matar o lesionar a la esposa sorprendida en flagrante adulterio o a la hija menor de veintitrés años, mientras viviere en la casa paterna, cuando fuere sorprendida en análogas circunstancias. Este delito se mantuvo en vigor en el ordenamiento jurídico español hasta el año 1963.

³⁶⁵ BERNAL DEL CASTILLO, J. *Honor, verdad e información*, op. cit. pág. 63 y 64.

de nuestra propia estima como de la sociedad³⁶⁶. Sería, en definitiva, una injustificada subjetivación del objeto de protección contraria, entre otros, al principio de igualdad del art. 14 CE³⁶⁷.

De forma opuesta a la anterior, la concepción *normativa* ha vinculado el derecho al honor a la dignidad y a otros derechos fundamentales tales como la intimidad o el derecho a la presunción de inocencia³⁶⁸. Nos encontraríamos así ante un concepto claramente personalista en el que, a diferencia de lo que ocurre con la corriente fáctica, el honor aparece como un atributo de la personalidad que corresponde por igual a cualquier ser humano por el solo hecho de serlo, por su condición de ser racional. De este modo, el derecho al honor se manifestaría en una doble dimensión. Una interna, constituida por las pretensiones mínimas de respeto que corresponden a la persona por el mero hecho de serlo. Y otra vertiente externa, determinada por la participación de los individuos en las relaciones sociales³⁶⁹.

Desde esta perspectiva, el bien jurídico de los delitos contra el honor respondería al derecho de todo individuo a disfrutar por igual del aprecio de los demás, sin verse sometido a actos despectivos o de menosprecio originados por sus actos vitales³⁷⁰. El derecho a ser respetado por los demás, cualquiera que sea su condición de vida y sus circunstancias³⁷¹. Todo ello, sin perjuicio de que en todo caso, habrá que estar siempre a las circunstancias concretas del caso en que tuvo lugar la ofensa para que dicho comportamiento pueda ser lesivo del honor del sujeto pasivo.

³⁶⁶ LÓPEZ PEREGRÍN, C. *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, op. cit., pág. 71 y ss.

³⁶⁷ Vid. LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos contra el honor*, op. cit., pág. 21, que entiende que la protección de la reputación en ocasiones es inmerecida, desde un plano objetivo, dada la valía real de la persona y su verdadera forma de comportarse en la vida social y personal; por otro lado, entra igualmente en directa contradicción con el principio de igualdad proclamado por nuestra Constitución, al estar basado en la consideración social del individuo que inevitablemente conlleva la introducción de diferencias en la intensidad de la tutela penal en función de la posición social de cada persona. En cuanto a la vertiente subjetiva, el problema es aún más evidente, por cuanto que se deja en manos del sujeto pasivo la consideración del carácter ofensivo de la conducta.

³⁶⁸ VIVES ANTÓN T. S., *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 339. Dicho autor marcó esta pauta en la doctrina española, identificando el honor con una manifestación inmediata y directa de la dignidad de la persona. También, BERNAL DEL CASTILLO, J. *Honor, verdad e información*, op. cit. pág. 65 y ss., que en esta misma línea define el honor como “el derecho al reconocimiento social de la propia dignidad o bien del derecho a la trascendencia social del valor de cada persona”.

³⁶⁹ Vid. CARMONA SALGADO, C. *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 372.

³⁷⁰ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos contra el honor*, op. cit., pág. 24.

³⁷¹ CARUSO FONTÁN, M^a. V., *El delito de calumnias y la protección al honor*, op. cit., pág. 29.

Esta concepción del derecho al honor se ajusta quizás mucho más a la propia literalidad de nuestro Código penal, que no en vano define la injuria en su art. 208 como “la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona”. Sin embargo, no está tampoco exenta de crítica, pues es obvio que, a pesar de haber sido así expresamente contemplado en el tipo, no es posible limitar la definición del honor a la mera identificación con la dignidad personal. De un lado, porque, tal equiparación podría llevarnos a negar la posibilidad de lesionar el honor al ser discutible que se pueda incidir negativamente sobre la dignidad del hombre y, al tiempo, disponer libremente de ella del mismo modo que es posible disponer del honor³⁷². Y es que, entre la vinculación entre honor y dignidad, mientras esta última efectivamente es inherente al ser humano por el mero hecho de serlo, el honor puede depender sin embargo del comportamiento de cada uno. De otro lado, por tratarse la dignidad de un principio genérico aplicable por igual a todos los derechos fundamentales reconocidos por el Título I de nuestra Constitución, es decir, un concepto excesivamente amplio y difícilmente conciliable con el derecho a la libertad de expresión e información del art. 20.1 CE³⁷³.

Quizás por este motivo, no han faltado autores que han optado por diferenciar el honor de la dignidad de las personas, buscando otras definiciones enfocadas desde un punto de vista estrictamente penal y condicionando la apreciación del honor a las circunstancias concretas de cada individuo³⁷⁴. Desde esta perspectiva, el honor no es una realidad material, apreciable por los sentidos, sino que su apreciación sólo cabe tras una valoración.

No obstante, si como se ha dicho, la descripción del delito de injurias contenido en nuestro Código penal vincula dicho ilícito de una forma tan clara a la dignidad de la

³⁷² Esta objeción es una de las críticas que la doctrina tradicionalmente viene haciendo contra la concepción normativa del honor, por lo que dicha teoría evolucionó en el sentido de diferenciar entre la propia dignidad y la expectativa de respeto que de ella se deriva, dando así lugar a otras dos posiciones dentro de esa misma teoría, según identifiquemos el honor con la referida dignidad o con la expectativa que de ella se deriva. Más ampliamente, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 49 y ss, que define el honor como “las relaciones de reconocimiento entre los distintos miembros de la comunidad que emanan de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad”.

³⁷³ Vid. LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos contra el honor*, op. cit., pág. 24.

³⁷⁴ En este sentido, vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español. Parte Especial*, op. cit., pág. 289, que define el honor como la “pretensión de que a su titular se le reconozcan las características necesarias para poder participar en la vida de la relación social que le sea propia”.

persona, la interrelación parece evidente. Por otro lado, el hecho de que ambos conceptos – dignidad y honor – se basen en el respeto y consideración debidos a cada persona por el mero hecho de serlo, impide que se pueda obviar ninguno de ellos a la hora de identificar el bien jurídico protegido en los delitos de injurias y calumnias.

(4).- En cualquier caso, y con independencia de las opiniones doctrinales existentes, no parecen existir demasiadas dudas respecto del carácter eminentemente individual y subjetivo del derecho al honor, hasta el punto de que su consideración puede variar de una persona a otra en función de las circunstancias concretas de cada caso, dependiendo fundamentalmente de la proyección pública de ésta hacia la sociedad. De ahí la consideración de la naturaleza personalista de dicho derecho fundamental y de la especial disponibilidad de su titular.

Sin duda alguna, es uno de los pocos ilícitos previstos en nuestro Código penal – los delitos contra la intimidad, a los que nos referiremos *infra*, son otro claro ejemplo –, en los que la conducta típica está estrechamente vinculada, además de al comportamiento y al perjuicio ocasionado por el ofensor, a la actuación desplegada igualmente por la víctima y a la consideración social que ésta haya proyectado hacia el exterior. Estamos, en consecuencia, ante un derecho extremadamente volátil, hasta el punto de poder llegar a consideraciones extremas en las que una determinada expresión o manifestación pueda llegar a vulnerar el derecho al honor de un determinado individuo, pero no el de otro en función de su proyección pública y social.

§ VII. 4. - Críticas intrasistemáticas y extrasistemáticas a la perseguibilidad privada de los delitos contra el honor

(1).- Aun cuando tradicionalmente viene siendo entendido que la perseguibilidad privada de este tipo de ilícitos reside tanto en el carácter personalísimo como en la especial disponibilidad del bien jurídico tutelado, lo cierto es que no existe ningún tipo de fundamento que permita, ni admitir razonablemente la persecución penal de los

delitos contra el honor únicamente a instancias del ofendido, ni tampoco una regulación procesal *iusprivatista* que alcance extremos tales como la exclusión de la participación del Ministerio Público, la restricción de facultades del Tribunal, o la introducción de criterios más propios del proceso civil. Las particularidades de las ofensas contra el honor podrán justificar más bien que este tipo de ilícitos sean objeto de protección exclusiva en el orden civil, pero en ningún caso determinadas modificaciones en la jurisdicción penal que lleguen al punto de relegar los intereses públicos y el *ius puniendi* a un verdadero segundo plano, sometidos en todo momento a los intereses privados del sujeto pasivo. Todo ello, habida cuenta además de que tal circunstancia resulta contraria, tanto a la función pública realizada por el proceso penal, como a los ya citados intereses que subyacen en dicho procedimiento, de carácter público también.

Dadas las peculiaridades expuestas en cuanto al bien jurídico protegido de los delitos contra el honor, la imposición de un requisito de perseguibilidad radica, en opinión de posiciones doctrinales dominantes, precisamente en su naturaleza personalísima y especialmente disponible del bien jurídico protegido³⁷⁵. Ese carácter marcadamente individual explicaría además, no sólo la exigencia de previa interposición de querella, sino también toda la regulación procesal de este tipo de procedimientos³⁷⁶. Piénsese en el ataque contra el honor de cualquiera de nosotros: indudablemente, nuestra primera reacción será la de ocultar y olvidar lo antes posible la ofensa proferida, así como de evitar que la misma tenga ningún tipo de repercusión pública. Tal circunstancia, unida a una pretendida previa valoración de la entidad de la ofensa por parte de la víctima, son las que tradicionalmente han justificado la consideración de estas infracciones como delitos exclusivamente privados.

De ahí, además, que el legislador no haya considerado necesario exigir esta condición previa en otros ilícitos ya referidos con anterioridad y que, aun tratándose igualmente de ofensas contra el honor, afectan a otro tipo de sujetos pasivos – de carácter institucional, por lo general – y bienes jurídicos de mayor trascendencia cuya protección impide

³⁷⁵ Vid. GARCÍA-PABLOS, A. *Introducción al Derecho penal*, op. cit., pág. 58, para quien es necesario que previamente el perjudicado manifieste su interés por la ofensa sufrida, pues no tiene sentido una tutela penal *de oficio* sin o contra la voluntad del sujeto pasivo. En parecido sentido, Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 843.

³⁷⁶ Vid. DEL MORAL GARCÍA, A. *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, op. cit., pág. 68. Vid también SERRA DOMÍNGUEZ, M. *El procedimiento especial para los delitos de injurias*, Estudios de Derecho Procesal, Ariel, Barcelona, 1969, pág. 792 y ss., quien a la especial naturaleza añade la facilidad para identificar al autor del delito.

limitar su perseguibilidad a instancias únicamente del ofendido. Tal es el caso de delitos ya comentados como los ataques a miembros de la Corona, a funcionarios públicos o a altos órganos de la Nación, entre otros tantos.

Por este motivo existe cierta tendencia a opinar que en los delitos de injurias y calumnias tiene especial interés el consentimiento, pues tal carácter subjetivo del derecho al honor admitiría la posibilidad de disponer del mismo por parte del propio individuo. Hasta tal punto es así que, de hecho, algunas opiniones doctrinales han llegado a sostener que si el ofendido renuncia a esa disponibilidad consintiendo ataques contra su honor, la conducta dejará de ser típica por faltar el atentado contra la propia estimación³⁷⁷. En efecto, en el sentido ya apuntado *supra* al tratar las diferencias entre los requisitos de perseguibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad, en opinión de estas posiciones, el parecer de la víctima se encuentra estrechamente vinculado al hecho delictivo en la medida en que, si ésta no interpusiese la acción penal por no entender menoscabado su honor, no sería posible hablar de la existencia del delito al carecer de suficiente entidad. Opinión ésta, rebatida no obstante por nuestra jurisprudencia en la inteligencia de que la renuncia a la acción penal por parte de la víctima implicará únicamente la imposibilidad de iniciar un eventual procedimiento penal donde enjuiciar esos hechos, pero no por la atipicidad de los hechos, sino porque el ofendido carezca de interés únicamente en dicho procedimiento³⁷⁸.

Sea como fuere, lo cierto es que no es posible compartir tales criterios de especial disponibilidad en la medida en que, desde un punto de vista *intrasistemático*, estas características convergen también en otros bienes jurídicos especialmente disponibles dada su naturaleza personalísima, sin que en modo alguno quepa plantearse su

³⁷⁷ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 288. En parecido sentido, VIVES ANTÓN T. S., *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 396, también viene defendiendo que, tratándose de un bien especialmente disponible, el “consentimiento del ofendido” puede justificar la lesión al honor; no obstante, pese al consentimiento, la lesión al honor puede subsistir y, por lo tanto, en tal caso la conducta sería típica sin perjuicio de hallarse justificada.

³⁷⁸ En parecido sentido se ha pronunciado además el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de diciembre de 2006, al afirmar, respecto de las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial (desaparecidas tras la reforma operada por la LO 15/2003), lo siguiente: “(...) la condición de procedibilidad establecida en el art. 287.1 CP . no determina la atipicidad de los hechos denunciados, ni supone que éstos no sean constitutivos de infracción penal, ya que las condiciones de procedibilidad o de perseguibilidad, como la del art. 287.1 , no condicionan la existencia del delito sino su persecución procesal, es decir la apertura de procedimiento penal, por lo que, aunque la condición de procedibilidad falte, el delito, de existir, subsiste hasta la prescripción y hasta tal momento puede ser perseguido tan pronto se cumple la atendida condición.”

restricción desde el punto de vista de su perseguibilidad. Piénsese en los múltiples derechos fundamentales personales recogidos en nuestra Constitución y protegidos por nuestro Código penal, como la libertad individual y la libertad deambulatoria³⁷⁹ – en relación con el delito de detención ilegal de los arts. 163 y ss. –, donde a diferencia de lo que ahora se pretende, la justificación de la protección penal pública, reforzada frente a otro tipo de intromisiones, reside precisamente en el carácter personalísimo y sobreprotegido de este tipo de bienes. Lo mismo puede decirse incluso de la propiedad individual, cuya disponibilidad por parte de su titular es indubitada, sin que por ello el Código penal – dejando de lado otros como los daños imprudentes – someta a perseguibilidad delitos como la estafa o la apropiación indebida.

Obviamente, no es posible equiparar unos y otros delitos. De entrada, porque la gravedad intrínseca a cada uno de ellos es bien distinta – evidentemente, los delitos de homicidio e injurias se sitúan en planos absolutamente distintos –; razón por la cual la perseguibilidad *privada* de un atentado contra la vida sería contraria a cualquier tipo de lógica. De ahí también que a esta especial disponibilidad suela añadirse la escasa entidad de los delitos contra el honor a la hora de justificar este especial tratamiento – *ultima ratio* –. Sin embargo, y a pesar de ello, sí podemos concluir, de entrada, que la especial disponibilidad de un bien jurídico protegido no es suficiente, *per se*, para limitar la capacidad de actuación del *ius puniendi*.

(2).- Junto a los antedichos caracteres personalísimo y de especial disponibilidad, son de señalar otros argumentos adicionales apuntados por la doctrina que coadyuvarían a apuntalar aún más esta perseguibilidad privada, tales como la conveniencia de otorgar a la víctima la posibilidad de evitar el *strepitus fori* que redundaría en su propio perjuicio y que, incluso, podría llegar a agravar el daño ocasionado; la consideración de que pueda darse la oportunidad al ofendido de valorar si, efectivamente, su honor se ha visto vulnerado de alguna forma; o la realidad de que, habida cuenta de la infinidad de este tipo de atentados ocasionados casi a diario, sin que los propios ofendidos otorguen verdadera trascendencia, la justicia penal podría llegar a colapsarse si tuviera que perseguirlos todos ellos de oficio³⁸⁰.

³⁷⁹ Sobre el carácter personal del bien jurídico protegido de la libertad, vid. entre otras STS de 29 de mayo de 2003.

³⁸⁰ DEL MORAL GARCÍA, A. *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, op. cit., pág. 68.

Todos estos argumentos se apoyan, en definitiva, en la escasa entidad objetiva y subjetiva de la lesión ocasionada, tanto desde el punto de vista de la propia víctima, como de la alarma social que pudieran ocasionar, para justificar un tratamiento, penal y procesal, diferenciado del tradicional para los delitos comunes. En efecto, teniendo en cuenta que todos esos razonamientos podrían predicarse igualmente respecto de cualquier otro delito – sobrecarga de los juzgados, revivir la ofensa proferida en un eventual procedimiento penal, etc. –, el hecho de darles ahora tanta preferencia como para permitir una rebaja de las exigencias propias del Derecho penal viene justificada por la poca o nula relevancia penal del ilícito. De ahí que el art. 215 acepte como excepción la cesión de los intereses de la comunidad a frente a los intereses individuales de la víctima, hasta el punto de admitir la posibilidad de renunciar a imponer ningún tipo de sanción penal a determinadas agresiones que, no obstante, sí podrían colmar los tipos de injurias o calumnias.

Piénsese, v. gr. – y dejando por ahora de un lado la excepcionalidad de algunos delitos contra la libertad sexual a los que nos referiremos *infra* –, en los delitos contra la integridad regulados en los arts. 173 y ss., en los que un eventual procedimiento penal sin duda alguna pudiera llegar a ocasionar todavía más perjuicios que la ya alegada notoriedad pública referida en las calumnias e injurias, al obligarse a la víctima a hacer públicos y revivir determinados tratos degradantes y humillantes de los que ha sido objeto. Sin duda alguna, el hecho de no admitirse la privacidad de estos delitos reside en la especial gravedad en relación con los delitos contra el honor. Nos encontramos aquí, por tanto, ante una pretendida cuestión de oportunidad, claramente relacionada con el principio de mínima intervención, que admitiría la renuncia por parte del *ius puniendi* a su interés por sancionar este tipo de delitos y trasladar al particular toda la responsabilidad de su persecución dada la nula alarma o escasa trascendencia social.

Sin embargo, y en consonancia con lo expuesto hasta ahora sobre la inviabilidad de admitir la perseguibilidad privada por escasa trascendencia o mínima intervención, sin duda alguna hubiera sido mucho más conveniente explorar primero aquellas otras vías ofrecidas por nuestro ordenamiento antes de acudir a la penal, tratándose ésta de la última de ellas habida cuenta de su mayor severidad. Todo ello, por no hablar de las tensiones que ocasiona en el Código penal admitir la perseguibilidad privada de delitos

como éste, pero no la de muchas faltas que evidentemente tienen mucha menor trascendencia.

(3).- En efecto, como ya hemos apuntado, además de por el Código penal, el derecho fundamental del honor también está expresamente regulado en el orden civil, considerándose, ya desde principios de siglo, susceptibles de resarcimiento los ataques dirigidos contra el mismo *ex art.* 1902 del Código Civil³⁸¹, tal y como ha venido a reconocer la doctrina de nuestro Tribunal Supremo desde su célebre sentencia de 6 de diciembre de 1912, si bien en este caso esta jurisdicción sólo intervenía cuando la agresión implicaba también la causación de algún tipo de daño. En concreto, y como complemento de lo dispuesto en el Código penal, desde esa referida óptica civil, el derecho al honor está también protegido por la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

La aplicación de dicha Ley fue concebida inicialmente por el legislador como subsidiaria al Código penal, estableciendo al respecto su Preámbulo que “en los casos que exista la Protección Penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien la Responsabilidad Civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta Ley establece”. No obstante, posteriormente la jurisprudencia que emana de nuestros Tribunales Constitucional y Supremo procedió a restringir dicha preponderancia³⁸², que quedaría definitivamente eliminada con la entrada en vigor del Código penal de 1995, a través de su Disposición Final Cuarta³⁸³.

Además, teniendo en cuenta que las intromisiones al honor, en especial por lo que respecta a las injurias, están idénticamente definidas tanto en nuestro Código penal

³⁸¹ Art. 1902 CC: “El que por acción u omisión cause daño a otros, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

³⁸² Por todas, vid., STC de 16 de diciembre de 1991 y SSTs de 26 de enero de 1993, 6 de febrero de 1996 y 12 de marzo de 1996.

³⁸³ DF 4ª CP 1995: “La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, quedará modificada en los siguientes términos:

Artículo 1. 2. El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9. de esta Ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito.

Artículo 7. 7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.”

como en la LO 1/1982³⁸⁴, es verdaderamente difícil discernir cuándo nos encontramos ante un ilícito civil o penal. Máxime teniendo en cuenta la importancia capital que debiera atribuirse a las definiciones legales de los delitos de injurias y calumnias referidas en los arts. 208 y 205 respectivamente, que razonablemente habrían de fijar una tipicidad fuera de la cual el honor debiera entenderse tutelado por el Derecho civil. Hasta tal punto es así que, de hecho, algunos autores no dudan en afirmar sin ambages que los derechos al honor, la intimidad o, incluso, la propia imagen, pueden enjuiciarse indistintamente en los Tribunales ordinarios tanto desde la óptica civil como la penal, si bien es cierto de cada vez más frecuente el uso de la primera opción³⁸⁵.

A partir de lo anterior, el tratamiento *iusprivatista* del que gozan los delitos contra el honor en el Código penal, indudablemente, abre el debate sobre la conveniencia de protección de este derecho únicamente en el orden civil y de la conveniencia o necesidad de que este tipo de ilícitos se depuren únicamente en este ámbito. Y, desde esta perspectiva, y entrando ya en una crítica de orden *extrasistemático*, no cabe ningún tipo de duda de que la privatización de este tipo de delitos en el orden penal resulta claramente injustificada cuando el ordenamiento español cuenta actualmente con suficientes leyes sustantivas y procesales privadas para perseguir con suficientes garantías este tipo de ofensas. Antiguamente, cuando no existía ningún tipo de legislación específica que regulase este tipo de ofensas, la protección penal podría tener cierta justificación, si bien desde la entrada en vigor de la LO 1/1982, carece ya de sentido.

Ante la difusa línea que separa la doble regulación de este tipo de ofensas en el ámbito civil y el penal, no han faltado estudios doctrinales en busca de algún tipo de elemento diferenciador que justifique ese tratamiento separado. Algunos autores han optado por acudir al dolo para distinguir entre el ilícito civil y el penal³⁸⁶. No podemos compartir

³⁸⁴ Nótese a este respecto lo sorprendente que resulta, v. gr., que el art. 7.7 de la LO 1/1982 define estas intromisiones como “acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”; mientras en idéntico sentido, el art. 208 CP afirma define injuria, como ya se ha dicho, de la siguiente forma: “es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”.

³⁸⁵ Vid. GARBÉRÍ LLOBREGAT, J. *Los procesos civiles de protección contra el honor, la intimidad y la propia imagen*, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 38.

³⁸⁶ De esta opinión, vid. BELLO LANDROVE, F. *Infracciones contra el honor: algunas cuestiones relevantes*, op. cit., que en relación con la regulación de los delitos contra el honor en el anterior Código penal entendía que efectivamente la tipicidad fijada en el tipo establecía el límite entre el Derecho penal y el civil. Para el referido autor, el *dolo* también podría determinar el criterio diferenciador de los sectores

no obstante esta tesis, pues cualquier tipo de atentado contra el honor, ya sea en el ámbito civil o en el penal, exige necesariamente una intención de ofender por parte del sujeto de activo. En efecto, habida cuenta de que los ataques descritos por la LO 1/82 conllevan la utilización de expresiones gratuitas que atenten contra el honor de la víctima, resulta verdaderamente difícil pensar que éstas puedan ser vertidas sin ningún tipo de ánimo hiriente o difamatorio. Evidentemente la vía penal, reservada para las ofensas más graves³⁸⁷, empezando por las injurias absolutas³⁸⁸, es un poco más clara en este sentido, pero también en la vía civil, donde este derecho entra igualmente en colisión con el derecho fundamental de la libertad de expresión, tendiéndose a situar el límite un especial carácter hiriente que obviamente ha de ser voluntario. Por otro lado, en aplicación del principio de intervención mínima, la existencia de una doble vía para perseguir este tipo de ilícitos obliga a remitir directamente las de menor lesividad al orden civil, con independencia de tratarse de ofensas igualmente dolosas.

Determinadas opiniones científicas han optado por afirmar al respecto que el hecho de otorgar un mayor peso específico al interés privado, no implica olvidar el público predominante en el Derecho penal, que en el presente caso se traduce en la necesidad de proteger la dignidad de la persona – art. 10.1 CE – que justifica la intervención del *ius puniendi* cuando se constata la vulneración del derecho al honor de la víctima³⁸⁹. No obstante, lo cierto es que como ya hemos visto, en este tipo de ilícitos el interés social es muy indirecto y, además, una intervención del Estado a espaldas de la víctima podría implicar un intervencionismo excesivo y quizás, entrar en directa contradicción con la propia libertad de la persona así como, por qué no decirlo, con la propia consideración de un bien extremadamente subjetivo como lo es el honor. Por esta razón, en nada padece la paz social abandonando la persecución de estas infracciones a instancia

civil y penal en materia de honor, que aun no siendo el único, sí podría resultar útil al menos para reducir las infracciones punibles en nuestro país.

³⁸⁷ Vid. LIBANO BERISTAIN, A. *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, op. cit., pág. 141. Si bien efectivamente la diferencia entre el ilícito penal y el civil podría establecerla la propia “gravedad” de la ofensa, nos encontraríamos en cualquier caso con el problema de que las faltas sancionan las injurias y vejaciones de carácter “leve”, con lo que la incertidumbre es evidente.

³⁸⁸ Sobre las injurias absolutas, vid. SSTC 105/1990, de 6 de junio, 85/1992, de 8 de junio, y 123/1993, de 19 de abril, entre otras.

³⁸⁹ ESTRADA ALONSO, E. *El Derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Cívitas, Madrid, 1989, pág. 47 y 72.

privada³⁹⁰. Máxime, cuando la jurisdicción civil ya cuenta con un procedimiento y una legislación específicas para tratar este tipo de cuestiones.

Cuando hablamos de infracciones contra el honor, de forma prácticamente unánime existe la tendencia a recurrir a los principios de legalidad e intervención mínima para desligar las infracciones civiles de las penales. A ambos principios acude constantemente la jurisprudencia penal para justificar la intervención del *ius puniendi* al afirmar lo siguiente: (i) sólo serán objeto de sanción penal aquellas expresiones que se adecuen a las descripciones típicas de sus modalidades en el Código penal – arts. 205 y 208, en este caso –, de tal modo que la naturaleza punitiva o coercitiva que persigue el *ius puniendi* excluye aquellas conductas que no estén enmarcadas dentro del tipo penal; y (ii) la sanción penal no deberá actuar cuanto exista la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico, de modo que se convierte prácticamente en dogma que el Derecho penal es la última razón que podrá servir como instrumento de resolución de conflictos – de ahí su carácter fragmentario y subsidiario, reservando únicamente la protección de los bienes jurídicos más importantes para la convivencia social – y sólo cuando no existan otro tipo de vías menos drásticas³⁹¹. La vía penal se erigiría como un recurso verdaderamente excepcional para perseguir estas ofensas.

Pues bien, en nuestra opinión, la aplicación de dichos principios aconsejaría, más que la reserva de la vía penal para los supuestos más graves, directamente la despenalización de estas ofensas y su reconducción íntegra a la vía penal. Todo ello, sobre la base de que la actual doble regulación es en realidad difícilmente conciliable (a) tanto con el principio de legalidad – especialmente en lo que respecta al delito de injurias, que está definido idénticamente en ambos órdenes –, como, (b) con el de mínima intervención, pues el procedimiento penal no ofrece ningún tipo de ventaja respecto de la civil a la hora de sancionar este tipo de ilícitos.

³⁹⁰ DEL MORAL GARCÍA, A. *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, op. cit., pág. 68.

³⁹¹ STS 670/2006, de 21 de junio, entre otras. Dichos principios han sido aplicados a su vez en innumerables ocasiones por nuestra jurisprudencia menor a los delitos contra el honor, pudiendo destacarse la SAP de Jaén 191/2010, de 2 de septiembre o los AAP de Las Palmas 613/2010, de 22 de noviembre y 128/2008, de 26 de febrero.

Así es, que el honor debiera ser considerado como una cuestión esencialmente civil se desprende con total claridad, además de por los más que evidentes solapamientos existentes entre ambos, especialmente porque desde el punto de vista de la intervención mínima: (a) el procedimiento civil garantiza eficazmente, por sí misma, la protección de este derecho fundamental, de forma probablemente más rápida y otorgando además unas indemnizaciones muy generosas que puedan satisfacer suficientemente a la víctima; (b) porque la vía penal, junto con la obtención de una sentencia que generalmente carecerá de cumplimiento efectivo, tiene por objeto igualmente la obtención del algún tipo de indemnización³⁹²; (c) por la mayor dificultad que se encuentra para obtener una condena por lesión al honor en el ámbito penal, por lo que los agraviados preferentemente optarán por el proceso civil; o, (d) incluso por el hecho de que, si bien es cierto que el ámbito penal implica una sanción mayor al sujeto activo, es indiscutible que, en la mayoría de los casos, la pretensión de los ofendidos se limita al resarcimiento económico³⁹³.

A todo lo anterior, cabe añadir que junto a esa tutela resarcitoria, la LO 1/1982, mucho más amplia y detallada que la prevista en nuestro Código penal³⁹⁴, ofrece en su art. 9.2 una eficaz tutela inhibitoria, tanto de cesación – como, v. gr., que dejen de tener lugar una determinada emisión o publicación de imágenes, afirmaciones, etc. – como de abstención – prohibición de llevar a cabo publicaciones o afirmaciones análogas en el futuro, entre otras –, así como por la indemnización por los daños y perjuicios causados, o por la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos. Salta a la vista por tanto esta regulación ofrece una protección bastante más efectiva que la contemplada en el Código punitivo, que de hecho ha de recurrir a

³⁹² QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español. Parte Especial*, op. cit., pág. 290 y ss. En parecido se ha pronunciado BACIGALUPO, E. *Delitos contra el honor*, op. cit., pág. 5, que también cree que la protección penal del honor ha pasado a un segundo plano a favor de una mayor efectividad de la vía civil. Vid. también CARMONA SALGADO, C. *Derecho penal español. Parte especial* op. cit., pág. 380, para quien es un dato constatado que si durante los primeros años que siguieron a la entrada en vigor de la CE prevalecieron las acciones penales en materia de tutela de derecho al honor, a partir de la aprobación de la LO 1/1982 comenzaron, en cambio, a proliferar las acciones civiles, debido fundamentalmente, al parecer, a la mayor rapidez en la tramitación del procedimiento en primera instancia y a la posibilidad de obtener un mejor procedimiento reparador por esta vía.

³⁹³ CARUSO FONTÁN, M^a. V., *El delito de calumnias y la protección al honor*, op. cit., pág. 187.

³⁹⁴ Art. 9.2 a) L1/1982: “El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida”

dicha legislación para poder resarcir a la víctima en esos mismos términos. Adicionalmente, el procedimiento civil prevé el tratamiento prioritario de este tipo de procedimientos, dado carácter de preferencia y sumariedad que otorga el art. 53.2 CE, enunciado en el art. 249.1 6º LEC, así como la posibilidad de que una eventual sentencia condenatoria, junto con la indemnización, contenga otros pronunciamientos resarcitorios tales como emisión de la sentencia en el mismo medio empleado, y con iguales caracteres y extensión a la utilizada.

Así las cosas, no parece descabellado afirmar que, cuando menos, el procedimiento penal no ofrece ningún tipo de ventaja respecto del civil, ni desde el punto de vista procesal ni desde el sustantivo. Todo ello, por no hablar de la insuficiencia del proceso penal para perseguir y sancionar este tipo de ilícitos, no sólo por ser necesario acudir a la LO 1/82 para determinar, v. gr., las cuantías indemnizatorias, sino también a la Ley de Enjuiciamiento Civil para dar efectivo cumplimiento a otros requisitos procesales como el acto previo de conciliación exigido por el art. 278 LECrim., pero regulado no obstante por la antigua LEC de 1881, arts. 460 a 480, en vigor conforme estipula la Disposición Derogatoria Única 1.2º de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero³⁹⁵.

Todas estas circunstancias, unidas a la escasa entidad sustantiva de este tipo de lesiones desde una óptica político-criminal, junto con el hecho de que, en ocasiones, resulte verdaderamente difícil establecer la línea que separa el ilícito civil del penal (especialmente en los supuestos menos graves), así como el hecho de la vocación claramente civilista derivada de la regulación de la responsabilidad civil por este tipo de delitos en los arts. 212 y 216, recomiendan vivamente la despenalización de los delitos de injurias³⁹⁶; e incluso de las calumnias, teniendo en cuenta que, como se ha dicho, estas últimas no son más que una versión agravada de la primera.

³⁹⁵ Vid. GIMENO SENDRA, V. *La querrela*, Bosch, Barcelona, 1977, pág. 147. Para dicho autor, tal circunstancia acredita, además de una semejanza entre el proceso penal por delitos privados y el civil, la consideración de estos tipos como ilícito civil.

³⁹⁶ De esta misma opinión, vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español. Parte Especial*, op. cit., pág. 290 y ss. También GARCÍA-PABLOS MOLINA, A. *El derecho penal como límite al ejercicio de libertades y derechos fundamentales. Protección del honor y la intimidad*, Estudios penales, Barcelona, 1984, pág. 396.

Todo ello, como hemos explicado, en aplicación del ya citado principio de intervención mínima que rige en el Derecho penal, así como su carácter fragmentario y subsidiario, que obligan a reservar la intervención del *ius puniendi*, como *ultima ratio*, para los actos especialmente lesivos de los bienes jurídicos más dignos de protección³⁹⁷, que impone a los Tribunales el deber actuar con la mayor cautela en aquellos supuestos en los que la conducta denunciada se garantiza principalmente a través de otras ramas del ordenamiento jurídico distintas de la penal³⁹⁸.

(4).- En contra de dicha tesis otros autores sostienen que, tratándose de un derecho fundamental de tanta importancia, es imprescindible la protección particularmente intensa que ofrece el Derecho penal, razón por la cual, entre otras cosas, el derecho al honor viene siendo protegido penalmente desde las primeras formulaciones jurídicas. De este modo, la protección penal podrá considerarse como subsidiaria de la civil, con un ámbito de aplicación más o menos amplio, pero en ningún caso insustituible. Que esto es así lo acreditaría además la abundante jurisprudencia dictada al respecto, expresiva de la larga tradición en la protección del honor por parte de nuestros Tribunales penales.

Sin embargo, y como ya hemos apuntado, más que la gravedad de las ofensas, la penalización de estas conductas responde más bien a una ausencia de tradición histórica de dotar al honor de ningún tipo de protección en otras ramas del Derecho hasta hace relativamente poco, lo que había convertido a la vía penal la única para perseguir estos ilícitos³⁹⁹. Una vez desarrollada una vía alternativa como la civil, resulta verdaderamente fácil encontrar pronunciamientos de nuestros Tribunales penales reacios a imponer sanciones penales, y remitiéndose a la vía civil como más idónea para la resolución de este tipo de conflictos dada su menor lesividad, así como de la eficacia de esta jurisdicción para perseguir estos ataques.

³⁹⁷ Vid., entre otras, SSTs de 23 de junio de 2003 y de 24 de junio de 2004.

³⁹⁸ Por todas, vid. STS de 29 de septiembre de 2004.

³⁹⁹ Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J. *Honor, verdad e información*, op. cit., pág. 42 y ss, que entiende que, si bien resulta absolutamente conveniente que la normativa penal otorgue algún tipo de protección al honor de las personas, debe ser limitada no obstante por los principios de accesoriedad e intervención mínima del Derecho penal, de forma que queden excluidos de dicho ámbito los ataques menos graves que puedan ser eficazmente reparados en otras esferas. En parecido sentido, Vid. también LÓPEZ PEREGRÍN, C. *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, op. cit., pág. 101.

Por otro lado, que la protección del derecho al honor regulada en nuestro Código penal se encuentre en la actualidad prevista únicamente para aquellos casos más graves encuentra injustificadas contradicciones con la existencia de una falta de injurias en el art. 620.2º. De admitirse dicha tesis es obvio que en modo alguno podría admitirse la punición de las injurias leves⁴⁰⁰.

En un punto intermedio, otros autores opinan que, sin llegar a oponerse a la regulación penal del honor, sí han venido reclamando una mayor limitación de estos ilícitos. Así, v. gr., mientras algunos reclaman la restricción de los delitos de injurias a la imputación de hechos falsos, dejando las ofensas para el ámbito privado, otros son de la opinión de que, yendo aún más allá, únicamente cabría dejar las calumnias entre los delitos contra el honor⁴⁰¹. Sin embargo, en la misma línea antes apuntada, dichas posiciones intermedias resultan a nuestro entender innecesarias, pues como se ha dicho, la vía civil es en cualquier caso suficiente para proteger a la víctima de este tipo de agresiones menores, sin que quepa apreciarse mayor eficacia en una vía penal mediante la imposición de determinadas sanciones económicas de similar eficacia a las previstas en el orden civil, sin perjuicio del mantenimiento en nuestro Código penal de otras conductas mucho más graves que puedan afectar a otros bienes jurídicos protegidos, como los ya apuntados delitos contra miembros la Corona, los ultrajes a la Nación o a sus símbolos, o el delito de denuncia falsa.

§ VII. 5. - Conclusiones

(1).- Los delitos contra el honor cometidos contra particulares son los que gozan de un mayor componente de privacidad entre todos los sujetos a algún tipo de condición de perseguibilidad. También son los que contienen mayores exigencias al ser los únicos que precisan de interposición de querella – salvo excepciones como las faltas – por parte del ofendido, en los que éste sigue teniendo el pleno control del procedimiento penal a

⁴⁰⁰ Vid. en este sentido, MESTRE DELGADO, E. *Derecho Penal. Parte especial*, junto con otros autores (Coord. LAMARCA PÉREZ, C.), 6ª Ed., Colex, Madrid, 2010, pág. 197, que alerta sobre la contradicción que supone que, aun cuando el Derecho penal esté reservado a los atentados más graves contra el honor, nuestro Código punitivo prevea sin embargo una falta de injuria leve para casos menos lesivos.

⁴⁰¹ MORALES PRATS, F. *Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora*, Cuadernos de Política Criminal, nº 36, Madrid, 1988, págs. 663 y ss.

través del perdón, y en los que el Ministerio Fiscal carece de legitimación para intervenir.

(2).- El tratamiento privativo que tradicionalmente ha venido caracterizando a los delitos contra el honor desde el siglo XIX, se ha mantenido de forma casi invariable hasta nuestros días. Hasta la década de los ochenta del siglo pasado suponía, de hecho, prácticamente la única vía para perseguir y castigar infracciones contra este derecho fundamental.

La aprobación de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen supuso, sin embargo, un punto y aparte en la regulación de estos atentados, al sancionarlos por vez primera desde un ámbito distinto al penal. Tal circunstancia hizo recomendable una revisión en profundidad de los delitos contra el honor regulados por el Código penal, tanto desde el punto de vista de su punibilidad, como del de su perseguibilidad. Sin embargo, al no haberse producido dicha reconsideración, los solapamientos y confusiones entre ambas jurisdicciones son evidentes.

(3).- El carácter eminentemente individual del derecho al honor, la especial disponibilidad de su titular, la escasa entidad, unidos a otros argumentos accesorios como la mayor publicidad que podría suponer la celebración de un juicio oral por esta causa, suelen ser las razones generalmente esgrimidas para justificar el tratamiento privativo de este tipo de delitos.

Sin embargo, lo cierto es que ninguno de ellos sirve para explicar eficazmente tal especial tratamiento. Y es que esa misma especial disponibilidad puede ser igualmente esgrimida respecto de otros tantos tipos penales, empezando por aquellos que atacan contra la propiedad, sin que por ello pueda admitirse la exigencia de previa querella – sin participación del Fiscal – en delitos como la estafa o la apropiación indebida. En efecto, estas características relativas a la personalidad o la especial disponibilidad convergen también en otros bienes jurídicos protegidos tales como la propiedad privada o la libertad, sin que en modo alguno quepa plantearse la restricción de la perseguibilidad de los atentados que puedan producirse contra los mismos.

(4).- Es por ello que, y especialmente teniendo en cuenta su menor gravedad, las particularidades de las ofensas contra el honor podrán justificar efectivamente que este tipo de ilícitos sean objeto de protección en el orden civil, pero en ningún caso determinadas modificaciones en la jurisdicción penal que lleguen al punto de relegar los intereses públicos y el *ius puniendi* a un verdadero segundo plano, sometidos en todo momento a los intereses privados del sujeto pasivo.

Adicionalmente, el principio de intervención mínima del Derecho penal, así como su carácter fragmentario y subsidiario, impone una especial cautela cuando estos ilícitos ya están siendo protegidos en la jurisdicción civil. Y, desde esta perspectiva, la privatización de este tipo de delitos en el orden penal resulta claramente injustificada, especialmente, cuando el ordenamiento español cuenta actualmente con suficientes leyes sustantivas y procesales *privadas* para perseguir con absoluta garantía este tipo de ofensas. Antiguamente, cuando no existía ningún tipo de legislación específica que regulase este tipo de ofensas, la protección penal podría tener cierta justificación, si bien desde la entrada en vigor de la LO 1/1982, carece ya de sentido.

CAPÍTULO VIII. – DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD Y DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

§ VIII. 1. - Introducción: en particular sobre el ámbito de aplicación

(1).- Aun cuando el vigente Código penal regula en sus arts. 197 a 204 la protección penal del derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, lo hace de una forma muy limitada. A pesar de que la redacción del título que comprende esos artículos menciona expresamente aquellos tres derechos fundamentales, la intromisión de la intimidad se refiere exclusivamente al descubrimiento y revelación de secretos, bien a través del apoderamiento de documentos o efectos personales, bien a través de la interceptación de comunicaciones y la escucha, transmisión, grabación o reproducción con instrumentos técnicos.

Por el contrario, y aun encontrándose expresamente citado en ese título, el meritado capítulo no desarrolla en ningún momento la anunciada protección penal de la propia imagen, sino tan sólo de forma muy indirecta al castigar grabaciones no consentidas. En algunos de los proyectos de reforma anteriores al vigente Código penal, sí hubo algún intento de inclusión de un delito específico contra la propia imagen, condicionando su perseguibilidad a la previa interposición de denuncia por la persona agraviada y admitiendo la eficacia del perdón del ofendido⁴⁰², pero finalmente el legislador optó por no incorporarlo a la versión definitivamente aprobada. Indudablemente, el hecho de que finalmente no tuviera éxito esta iniciativa se debió a la existencia de una clara oposición por parte de la doctrina mayoritaria a sancionar este tipo de lesiones en sede penal, dado que ya se encontraban debidamente reguladas en la vía civil⁴⁰³.

⁴⁰² El proyecto del Código penal de 1994, tras la tramitación parlamentaria, planteó efectivamente la inclusión de un concreto delito contra la propia imagen en los siguientes términos – art. 202 –: “1. El que atentare gravemente contra la intimidad de otra persona mediante la utilización pública de su imagen y sin su consentimiento será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. / 2. Cuando la conducta a que se refiere el apartado anterior fuere cometida contra un menor de edad o un incapaz se impondrá al culpable la pena de multa de doce a dieciocho meses. / 3. Para proceder por este delito, será necesaria denuncia de la persona agraviada. Cuando ésta sea menor de edad o incapaz, también podrá denunciar el ascendiente, representante legal o guardador, por este orden, y el Ministerio Fiscal. / El perdón del ofendido o de su representante legal o guardador extingue la acción penal o la pena impuesta, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130 de este Código.”

⁴⁰³ Vid. en este sentido, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. *Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, La Ley, Sección Doctrina, Ref. D-228, Tomo 4, 1996, quien

La legislación española vigente dispensa por tanto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio una protección penal fraccionada, limitada únicamente a las ofensas más graves. El Título X protege, en primer término, el secreto e intimidad contenidos en papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, así como la interceptación de telecomunicaciones por cualquier medio o artificio técnico – arts. 197.1 y .2 –; el acceso a programas o archivos informáticos contenidos en sistemas informáticos ajenos – art. 197.3 –; el descubrimiento y la revelación de secretos documentales o confiados a profesionales o responsables que incumplan la obligación inherente de cuidado y sigilo inherente a su posición, tales como abogados o un procuradores o administradores o dependientes – arts. 199.1 y 197. 4 –; las mismas conductas referidas en el art. 197, cuando éstas fueran cometidas por autoridad o funcionario público – art. 198 –, si bien en estos casos no sería precisa la denuncia de la persona agraviada exigida por el art. 201; y, en último lugar, el domicilio como ámbito físico de la intimidad personal – art. 202 –, que igualmente recibe protección respecto cuando se ven afectadas las personas jurídicas – art. 203 –.

Asimismo, y como ya ocurriera con los delitos contra el honor, no todos los ilícitos destinados a proteger los secretos son objeto de protección por los arts. 197 y ss., pues existen otros artículos que, por preservar bienes jurídicos distintos, son contemplados en otras partes del Código. Así sucede, *ad exemplum*, con los denominados secretos de empresa – arts. 278 y ss. –; los secretos oficiales en relación con los funcionarios – arts. 413 y ss. –; o el descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa de nuestra Nación – arts. 598 y ss. –. De entre todos ellos, la exigencia de previa interposición de denuncia para su punición es de aplicación únicamente respecto de los secretos de empresa citados en primer lugar; el resto, por afectar a intereses eminentemente públicos, no condicionan su persecución a la interposición de ningún tipo de denuncia particular.

señala que, quizás porque efectivamente se encontraba regulada esta conducta en la Jurisdicción civil, en la tramitación parlamentaria del proyecto se optó por sancionar únicamente aquellos ataques que atentaren “gravemente” contra la intimidad de una persona “mediante la utilización pública de su imagen”.

Por último, como ya hemos anticipado, tanto el derecho a la intimidad como el de la propia imagen son objeto de protección, además de en sede penal, en la vía civil a través de la ya apuntada LO 1/1982, de 5 de mayo⁴⁰⁴. Esta circunstancia justificaría en principio la referida protección segmentada de la intimidad que ofrecen los arts. 197 y ss., aplicables únicamente a los casos más graves. Igualmente destacable resulta la LO15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que regula posibles sanciones administrativas en supuestos de infracciones cometidas por los responsables de los ficheros contenedores de esta información y los encargados de sus tratamientos.

(2).- A pesar de que tanto el honor como la intimidad tienen vínculos en común evidentes, hasta el punto de estar ambos derechos fundamentales protegidos en el mismo art. 18.1 de nuestra Constitución – que, en su apartado primero, garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen –, o por la antedicha LO 1/1982, desde la óptica de los requisitos de procedibilidad, su tratamiento se encuentra claramente diferenciado.

En primer lugar, los delitos contra la intimidad exigen denuncia en lugar de querella. Adicionalmente, a diferencia de lo que sucedía con las ofensas contra el honor, en este caso el Ministerio Fiscal sí está facultado para intervenir tras la presentación de la oportuna denuncia por parte de la persona agraviada o de su representante legal. En tercer lugar, y al contrario de lo hemos podido ver con las injurias y calumnias, el requisito de perseguibilidad se presenta aquí de forma mucho menos rígida, entre otras cosas, al admitir excepciones tales como el inicio del procedimiento a instancias del

⁴⁰⁴ Conforme al art. 7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, tendrán la consideración de vulneraciones contra la intimidad:

“Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

Dos. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

Tres. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos. (...)”

Fiscal en casos de menores, incapaces o desvalidos, o cuando se vean afectados los intereses generales o una pluralidad de personas.

Por otro lado, esta condición de perseguibilidad es únicamente exigible en los denominados delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pero no en el allanamiento de morada de persona física de los arts. 202 y ss. contemplados en el Capítulo II de ese mismo Título X. Sin perjuicio de que volvamos sobre ello más adelante, esta última diferencia radicaría en las divergencias en cuanto al bien jurídico protegido, que en inviolabilidad de domicilio excederían la mera intimidad y afectarían además a otros derechos constitucionales como la propiedad privada. La menor lesividad de unos ilícitos frente a otros necesariamente debe carecer aquí de relevancia, pues la modalidad básica de la violación del domicilio prevé una pena menos grave – prisión de seis meses a dos años – que, v. gr., las previstas en el art. 197.1 – prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses –.

§ VIII. 2. - Privacidad sesgada y tardía de los delitos contra la intimidad y la vulneración de secretos

(1).- La protección de la intimidad, tal y como la conocemos en la actualidad, surge del reconocimiento expreso como derecho fundamental en el art. 18 de nuestra Constitución. A raíz de la protección otorgada en nuestra Carta Magna, fue cuando este derecho empezaría a ser expresamente regulado, tanto por el Código penal – en el anterior de 1973 y en el actual – como en la jurisdicción civil a través de la ya citada LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

Antes de nuestra Constitución de 1978, así como de los antedichos textos legales, nuestro ordenamiento carecía de un derecho a la intimidad en sentido estricto, no siendo objeto de protección ni tan siquiera por la vía de la responsabilidad civil o *aquiliana* referida en el genérico art. 1902 del Código civil, salvo en muy contadas ocasiones⁴⁰⁵.

⁴⁰⁵ Vid., en este sentido, GALÁN JUÁREZ, M. *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, op. cit., pág. 82, para quien en la sociedad predemocrática los Tribunales no supieron o no pudieron incluir los derechos a la intimidad y la propia imagen, salvo alguna contada excepción, como la STS de 8 de

No obstante lo expuesto, existen precedentes en Códigos penales anteriores donde sí podemos encontrar, si bien sin hacer alusión al derecho a la intimidad de modo expreso, múltiples referencias a la protección de secretos en términos parecidos a los actuales. Así es, aun cuando en la búsqueda de este tipo de precedentes anteriores sería posible remontarnos hasta la antigua Grecia⁴⁰⁶, en relación con el delito de descubrimiento y revelación de secretos profesionales – actual art. 199 –, éste podemos encontrarlo en el art. 424 del Código penal de 1822⁴⁰⁷, que por otro lado era una traducción casi literal del art. 378 del Código Napoleónico⁴⁰⁸. Posteriormente, esa misma conducta sería regulada, si bien de una forma mucho más similar a la actual, por el párrafo segundo del art. 276 del siguiente Código penal de 1848⁴⁰⁹ que, sin embargo, no volvería a reproducirse en esos mismos términos en códigos posteriores hasta el Código de 1973, a través de su art. 498.

marzo de 1974 referida al derecho a la intimidad (descubrimiento y revelación de secretos) o la SAP Zaragoza de 9 de junio de 1967, relativa a la utilización no consentida de la fotografía de una persona.

⁴⁰⁶ Sobre la evolución y perspectiva histórica del secreto (profesional), vid. REQUEJO NAVEROS, M^a T. *El secreto profesional del médico y su protección jurídico-penal: una perspectiva histórica*, Foro Nueva Época, n^o 6/2007, págs. 159 y ss., *passim*, quien tras un profundo estudio de la cuestión viene a afirmar que el secreto médico fue el primer secreto profesional reconocido históricamente, plasmado a través de la obligación de los médicos de guardar secreto a través del Juramento Hipocrático en la antigua Grecia, todavía vigente en nuestros días.

⁴⁰⁷ Art. 424 CP 1822: “Los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadronas, o cualesquiera otros, que habiéndoseles confiado un secreto por razón de su oficio, estado, empleo o profesión, lo revelen, fuera de los casos en que la ley lo prescriba, sufrirán un arresto de dos meses a un año y pagarán una multa de treinta a cien duros. Si la revelación fuere secreto que pueda causar a la persona que lo confió alguna responsabilidad criminal, alguna deshonor, sufrirá el reo además de la multa expresada, una reclusión de uno a seis años. Si se probare soborno se impondrá además la pena de infamia al sobornado, y no podrá volver a ejercer aquella profesión u oficio; el sobornador sufrirá un arresto de un mes a un año.”. También el artículo 718 de dicho Código regulaba el descubrimiento y revelación en perjuicio del honor y fama de sus titulares: “Cualquiera que, además de los comprendidos en el artículo 424, descubra o revele voluntariamente a una o más personas algún secreto que se le haya confiado por otra, siempre que lo haga con perjuicio de ésta en su persona, honor, fama y concepto público (...). Del mismo modo será castigado el que habiendo abierto, extraído o suprimido ilegalmente alguna carta cerrada dirigida a otra persona en cualquiera de los casos de que tratan los artículos 425, 426, 427 y 428, haga uso del contenido de la carta con igual perjuicio de otro, según las circunstancias respectivas.”

⁴⁰⁸ PÉREZ VENEGAS, F. *El artículo 199-2 del Código Penal: Evolución histórica y componentes del tipo*, Seminario médico, Vol. 48, N^o. 3, 1996, págs. 131 y ss.

⁴⁰⁹ Art. 276 CP 1848, párrafo segundo: “En estas mismas penas (suspensión arresto mayor y multa de diez a cien duros) incurrirán los que ejerciendo algunas de las profesiones que requieren título, revelaren los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado.”. Y en parecido sentido, el art. 266 de ese mismo Código punitivo, sancionaba al “abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio perjudicare a su cliente, o descubriere sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con las penas de suspensión a la de inhabilitación perpetua especial, y multa de 50 a 500 duros.” Vid. REQUEJO NAVEROS, M^a T. *El secreto profesional del médico y su protección jurídico-penal: una perspectiva histórica*, op. cit., pág. 175 y 176, que afirma que tras la reforma de este Código operada por el Decreto de 30 de junio de 1850, dichos artículos se mantuvieron en los mismos términos en los arts. 284.2 y 273 respectivamente.

Sin embargo, sí se mantuvo en cierta medida la protección de secretos no profesionales en los Códigos posteriores al ya citado de 1848, como el de 1870, que en el capítulo denominado “Descubrimiento y revelación de secretos”, arts. 512 a 514, protegía (a) el descubrimiento y revelación de papeles de otro previo apoderamiento de los mismos; (b) la revelación del secreto principal por parte de administrador, dependiente o criado; y (c) el secreto industrial. Más tarde, el art. 683, párrafo segundo, del siguiente Código penal de 1928 recogería, también bajo el Capítulo IV del Título XIII denominado nuevamente “Descubrimiento y revelación de secretos” lo que se llamaba un tipo abierto de indiscreción, en términos mucho más genéricos que el anterior⁴¹⁰. De igual modo, el art. 684.2 de ese mismo texto punitivo preveía sanciones más graves – penas de tres a dos años de prisión y multa de mil a cinco mil pesetas – para el supuesto específico de revelación de secretos que se hubieren conocido por razón de la profesión o empleo.

Por otro lado, el referido Código penal de 1928 resulta ciertamente interesante, en lo que aquí interesa, por ser el primero donde se introdujo por vez primera un requisito de perseguibilidad respecto de dichas conductas, estableciendo el art. 686 que “los delitos comprendidos en este Capítulo sólo podrán ser perseguidos en virtud de querella o denuncia del perjudicado o sucesores o causahabientes”. De este modo, y a diferencia de lo que sucedía con los delitos contra el honor, la perseguibilidad a instancias de la persona agraviada es aquí una excepción a la norma general. Especialmente si tenemos en cuenta que el siguiente Código de la República de 1932 eliminó inmediatamente este requisito, manteniendo en líneas generales la regulación anteriormente adoptada en el Código penal de 1870, conservada posteriormente por el texto refundido de 1944, y por las ulteriores reformas acaecidas hasta el Código de 1973.

La perseguibilidad privada en este tipo de ilícitos carece, por tanto, de tradición en nuestro ordenamiento, existiendo un único precedente al del vigente Código de 1995 meramente testimonial, a pesar de que nuestro Derecho penal viene protegiendo el derecho a la intimidad desde antiguo, si bien no tal y como la conocemos en la actualidad.

⁴¹⁰ Vid. JORGE BARREIRO, A. *El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)*, La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-172, Tomo 3. El referido artículo 683 CP 1928 disponía lo siguiente: “El que divulgare los secretos de otro, cualquiera que sea la forma de haberlos llegado a conocer, incurrirá en la pena de dos meses y un día a un año de prisión menor y multa de mil a cuatro mil pesetas.”

(2).- Por último, por lo que respecta al actual Código penal, las conductas actualmente contenidas en los denominados delitos contra la intimidad, encuentran su correspondencia, en gran medida, en el Código penal de 1973, que si bien inicialmente fue objeto de críticas doctrinales que denunciaron lagunas tales como una evidente falta de protección genérica del secreto profesional y algunas otras deficiencias propias de un régimen dictatorial, siempre celoso de la protección de los secretos e intimidades de los ciudadanos al anteponer los bienes colectivos a los particulares⁴¹¹, éstas serían posteriormente subsanadas. Básicamente, a través de las reformas propiciadas ya en época democrática y constitucional, que conllevaron la regulación de conductas tan relevantes como las escuchas telefónicas, impunes hasta entonces, a través de la reforma llevada a cabo por la LO 7/1984, de 15 de octubre.

De este modo, tras los numerosos proyectos y anteproyectos acaecidos a partir de 1980 y que culminarían con el vigente Código penal, el actual art. 197 se corresponde, aunque con matices, con la antigua redacción de los arts. 497⁴¹² y 497 bis⁴¹³ de dicho Código – introducido este último tras citada reforma de 1984, hasta entonces sólo sancionables en sede civil⁴¹⁴ –; el art. 198 se correspondería con los derogados arts.

⁴¹¹ Por todos, vid. JORGE BARREIRO, A. *Descubrimiento y revelación de secretos. Un estudio del Derecho penal español*, Revista de Derecho público, nº 87, 1982, págs. 249 y ss.

⁴¹² Art. 497 CP 1973: “El que para descubrir los secretos de otro se apodera de sus papeles o cartas y divulgare aquéllos será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas.

Si no los divulgare, las penas serán de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

Esta disposición no es aplicable a los padres, tutores o quienes hagan sus veces en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia.”

⁴¹³ Art. 194 bis CP 1973: “El que para descubrir los secretos o la intimidad de otro sin su consentimiento interceptare sus telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen será castigado con las penas de prisión menor en grado medio y multa de 100.000 a 1.000.000 pesetas.

Si divulgare o revelare lo descubierto incurrirá en las penas de prisión menor en grado máximo y multa de 100.000 a 5.000.000 de pesetas.

El que con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior, será castigado con las penas de prisión menor en su grado mínimo y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.”

En este sentido, vid. HIGUERA GUIMERA, J. F. *El descubrimiento y revelación de secretos*, Actualidad Penal (La Ley), nº 31, Sección Doctrina, semana del 29 de julio al 4 de agosto de 2002, Ref. XXXI, pág. 767, Tomo 3. Para dicho autor, v. gr., hasta la reforma los arts. 192 y 497 CP 1973, únicamente mencionaban las comunicaciones telefónicas, lo que era manifiestamente insuficiente dado que esas comunicaciones podían llevarse a cabo por otros tantos medios tales como fax, burofax, radio o televisión, telex, fono-telex, etc.

⁴¹⁴ Junto con dicha reforma se sucedieron otras tantas, como la de la LO 9/1984, de 26 de diciembre, relativa a bandas armadas y grupos terroristas, o la de la LO 4/1988, de 25 de marzo, que modificaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal dotando a las intervenciones telefónicas de una cobertura legal desde el punto de vista procesal a través del art. 579.2 y .3.

192⁴¹⁵ y 192 bis⁴¹⁶ – introducido este último también con la reforma de 1984, para castigar las escuchas perpetradas por autoridad, funcionario público o agente de éstos –; y los actuales 199 y 200, con los anteriores arts. 498⁴¹⁷ y 499⁴¹⁸.

En relación con el requisito de perseguibilidad del actual art. 201, no existe sin embargo ningún tipo de correlación en relación con el anterior Código penal de 1973⁴¹⁹. El único precedente que es posible encontrar era el ya referido del efímero Código de 1928, que únicamente estuvo vigente hasta 1932.

Por último, en cuanto a los delitos relativos al denominado allanamiento de morada que escapen a dicha condición de perseguibilidad, mientras el art. 202 se correspondería con el antiguo art. 490⁴²⁰, el art. 204 haría lo propio con el art. 191.1º⁴²¹ del Código Penal anterior. Por su parte, el art. 203 fue de nueva creación, y el art. 534.1.1.º (dentro de los delitos cometidos por funcionarios) se correspondería con ese mismo art. 191.1.º del texto antiguo. Finalmente el art. 635 considera como falta “contra el orden público” la permanencia en tales lugares “fuera de las horas de apertura”.

⁴¹⁵ Art. 192 CP 1973: “El funcionario público que, sin las debidas atribuciones, detuviere cualquier clase de correspondencia privada, incurrirá en la multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

Incurrirá, además, si la abriere, en suspensión, y si la sustrajere, en inhabilitación absoluta.”

⁴¹⁶ Art. 192 bis CP 1973: “La autoridad o sus agentes y el funcionario público que, sin la debida autorización judicial, salvo, en su caso, lo previsto legalmente en desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, interceptare cualquier telecomunicación o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido incurrirá en las penas de prisión menor en grado medio e inhabilitación especial de ocho años y un día a diez años.

Si divulgare o revelare la información obtenida por cualquiera de los precitados medios, se le impondrán las penas de prisión menor en grado máximo e inhabilitación especial de diez años y un día a doce años.”

⁴¹⁷ Art. 498 CP 1973: “El administrador, dependiente o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal y los divulgare será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.”

⁴¹⁸ Art. 499 CP: “El encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que en perjuicio del dueño descubriere los secretos de su industria será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.”

⁴¹⁹ A mayor abundamiento, vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. *Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, op. cit., que señala además que en los arts. 534.1.2.º y 536 se contienen disposiciones similares a las de los antiguos arts. 191.2.º y 192 bis, respectivamente. Ambas disposiciones se encuentran incluidas dentro de los “delitos cometidos por los funcionarios públicos contra inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad”. En realidad, el nuevo art. 536 es prácticamente idéntico al antiguo art. 192 bis.

⁴²⁰ Art. 490 CP 1973: “El particular que entrare en morada ajena o sin habitar en ella se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador será castigado con arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

Si hecho se ejecutase con violencia o intimidación, la pena será de prisión menor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.2

⁴²¹ Art. 191 CP 1973: “Incurrirán en las penas de suspensión y multa de 100.000 a 200.000 pesetas:

1º. El funcionario público que, no siendo autoridad judicial, entrare en el domicilio de un súbdito español sin su consentimiento, fuera de los casos permitidos por las leyes. (...)”

(3).- Así las cosas, y aun cuando no estaban expresamente regulados tal y como los conocemos en la actualidad, lo cierto es que los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad de domicilio encontraban cierta protección en Códigos penales anteriores, si bien el vigente de 1995 ha agrupado todas esas conductas en un único Título, actualizando además los tipos para adecuarlos a los avances tecnológicos actuales.

Por el contrario, y a diferencia de lo que sucedió con los delitos contra el honor, si algo ha caracterizado la exigencia de denuncia en algunos de los delitos cometidos contra la intimidad, es precisamente su carácter público. De hecho, la puntual experiencia que hemos podido señalar sobre la exigencia de algún requisito de perseguibilidad en el pasado, difiere sustancialmente de la regulación actual desde el punto de vista formal y material. En efecto, mientras éste fue introducido por primera vez en el Código de 1928, pese a estar contempladas estas conductas en nuestro Derecho penal desde el primer Código de 1822, exigiéndose denuncia o querrela por parte del perjudicado, sus sucesores o causahabientes, el mismo sería posteriormente eliminado en los Códigos posteriores, no apareciendo nuevamente hasta el vigente de 1995. Todo ello, modificando además dicha condición, de forma verdaderamente sustancial (i) al exigirse únicamente denuncia por parte de la persona agraviada o su representante legal; (ii) admitiendo la intervención del Ministerio Fiscal en casos de personas incapaces, desvalidas o menores de edad; (iii) eximiendo de dicho requisito cuando la comisión de este delito pudiera afectar a los intereses generales o a una pluralidad de personas; y (iv) admitiendo la posibilidad de la extinción de la acción penal si se otorgare el perdón del ofendido.

Nos encontramos de este modo ante una condición de perseguibilidad verdaderamente amplia que, de hecho, dota a este tipo de ilícitos de un alto contenido *privado o público*, atendiendo a las circunstancias concretas del caso. Nótese en este sentido que, si nos encontrásemos ante una mera injerencia en la intimidad de un particular, éste tendría plena disponibilidad en cuanto a la persecución de dicho ilícito, al tener poder de decisión tanto en cuanto a la iniciación del procedimiento penal, como en lo relativo a su terminación otorgando el perdón al sujeto activo; por el contrario, si ese mismo ilícito afectare a los intereses generales, ese mismo ilícito podría convertirse prácticamente en un delito público, perseguible de oficio a instancias del Fiscal y

quedando sin contenido el perdón del agraviado por no ser éste un particular en sentido estricto, sino el interés social.

§ VIII. 3. - Derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones como objeto de tutela

(1).- Si nos atenemos a su literalidad, el art. 18 CE protege, de un lado, el *derecho al secreto de las comunicaciones* (art. 18.3 CE), y de otro, el *derecho a la intimidad personal y familiar* (art. 18.1 CE). El art. 197 hace referencia también a estos dos derechos constitucionales de forma conjunta, castigando tanto el descubrimiento ilícito de secretos como la vulneración de la intimidad, bien mediante el apoderamiento de papeles, cartas o mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, bien mediante la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen⁴²² o, incluso, con el mero acceso ilegítimo a datos de carácter íntimo contenido en cualquiera tipo de archivos ficheros o soportes informáticos.

E tipo penal justifica además la intervención del *ius puniendi* en la insidiosidad del medio empleado que penetra en la esfera privada de las personas. De ahí también la especial ofensividad del bien jurídico tutelado, que podrá atenuarse en aquellos casos en los que la injerencia, aun no siendo consentida, tenga lugar en un espacio abierto al público, en cuyo caso se podría justificar una respuesta civil conforme a la citada LO 1/1982⁴²³.

Así, y aunque ciertamente el Capítulo primero únicamente haga referencia a la protección de los secretos, lo cierto es que también se extiende a la intimidad referida en

⁴²² Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estado de Derecho y Ley Penal*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 67 y 68. Esta apreciación es a su vez reconocida por el Tribunal Supremo en su sentencia 1219/2004, de 10 de diciembre, en relación con la grabación clandestina de un encuentro sexual entre el director del diario “El Mundo” (D. Pedro J. Ramírez) y una mujer de origen guineano. A la vista de los hechos y de la argumentación de la defensa, que vino a sostener la inexistencia de violación de la intimidad por cuanto que fue la mujer quien consintió la grabación, el Alto Tribunal entendió necesario distinguir entre el secreto de las comunicaciones – art. 18.3 CE –, que no se vio vulnerado, y el derecho a la intimidad, que sí fue infringido respecto del director del periódico – art. 18.1 CE –. En parecido sentido, este mismo autor cita las SSTC 114/1984, de 29 de noviembre y 56/2003, de 24 de marzo.

⁴²³ Vid., nuevamente, STS 1219/2004, de 10 diciembre.

el Título X, que tiene un alcance mucho más amplio por afectar a hechos que, aun no siendo secretos en sentido estricto, sí pueden ser considerados datos íntimos que, por su propia naturaleza o por voluntad de su titular, no deban ser conocidos por terceras personas⁴²⁴. Nos encontramos por ello, ante la protección, tanto de secretos no conocidos por terceros, como de datos o hechos reservados del individuo ajenos a lo que en una situación normal pudieran ser conocidos por terceras personas o el público en general⁴²⁵.

(2).- Desde un punto de vista etimológico, intimidad proviene de íntimo, que deriva a su vez de *intimus*, que es una variación filológica de *intumus*, forma superlativa del adverbio *intus*, es decir, interior, dentro. Íntimo es, por tanto, aquello que está en lo más profundo del ser humano. Es decir, aquel lugar al que únicamente puede acceder uno mismo, del que sólo uno es dueño⁴²⁶.

El derecho a la intimidad se configura además como uno de los derechos de la personalidad más sutiles y difíciles de delimitar, en parte, y como sucedía con el derecho al honor, por sus connotaciones de relatividad y mutabilidad, derivadas en gran medida de la evolución de las valoraciones sociales e incluso de los condicionamientos

⁴²⁴ En este sentido, son muchas las resoluciones de nuestra Jurisprudencia que sancionan el descubrimiento y/o revelación de hechos o informaciones que no necesariamente constituyen secretos. A la ya citada sentencia del director de “El Mundo”, podemos añadir otras tantas como la STC 20/1992, de 14 de febrero, que consideró que vulneraba el derecho a la intimidad divulgar que una persona padecía el síndrome de inmunodeficiencia adquirida.

⁴²⁵ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estado de Derecho y Ley Penal*, op. cit., pág. 70, para quien la diferencia radica precisamente en que, mientras en el primero de los casos el Código penal busca proteger el secreto de la intimidad, en el segundo, se sanciona la intimidad sin más que. En esta línea, dicho autor cita, entre otras, las SSTC 127/1996, de 9 de julio y 70/2002, de 3 abril, que declaran lícitas las grabaciones de conversaciones telefónicas por alguno de los interlocutores, siempre y cuando en las mismas no se registren aspectos íntimos en el sentido explicado anteriormente por la STS de 10 de diciembre de 2004. También otras tantas resoluciones del Tribunal Supremo (SSTS de 11 de mayo de 1994, 20 de mayo de 1997, 17 de junio de 1999 y 27 de febrero de 2002, entre otras) que admiten como prueba de cargo válida en procedimientos judiciales grabaciones que hace un interlocutor respecto de otro desvelando sus propósitos o actos delictivos. Frente a esta opinión, Vid. JORGE BARREIRO, A. *El delito de descubrimiento y revelación de secretos del Código penal de 1995. Un análisis del artículo 197 del CP*, Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-710X, nº 6, 2002, pág. 100, que lejos de aceptar tal distinción, entiende que el art. 197 protege directamente la intimidad de las personas en su particular dimensión del derecho al secreto a las comunicaciones.

⁴²⁶ GALÁN JUÁREZ, M. *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, op. cit., pág. 23. En parecido sentido, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Honor y libertad de expresión*, op. cit., pág. 57 y ss., identifica la intimidad personal con “el derecho a la vida privada”, si bien entiende que, al igual que sucede con el derecho al honor, aquélla presenta peculiaridades que dificultan la viabilidad de una definición, debido tanto a su carácter inmaterial como a su permanente dependencia de la propia evolución social.

impuestos por los avances tecnológicos⁴²⁷. De hecho, hemos podido observar, que las últimas reformas acaecidas en torno a la protección de esta medida han venido propiciadas, precisamente, como consecuencia de la rápida evolución de la ciencia y de la necesidad de proteger a la intimidad frente a ataques impensables hace sólo algunas décadas, como el denominado *hacking informático* al que más adelante nos referiremos y que ha propiciado la modificación del art. 197 con motivo de la reforma del Código penal del año 2010.

En un intento de salvar dicha problemática, el sentido tradicional de la intimidad ha sido concebido, en primer lugar, desde un punto de vista *positivo*, como el reconocimiento del Derecho “a estar solo”, a decidir a qué personas dar a conocer determinados datos que afectan a la intimidad personal y familiar, a decidir con qué personas compartir aquellos sentimientos más personales y esenciales y, en definitiva, a ser protegido frente a intromisiones ajenas a ese espacio tan esencial para el desarrollo de la personalidad⁴²⁸. Por otro lado, el derecho a la intimidad en sentido positivo, es concebido también como el control sobre la información y datos de la propia persona que, aun siendo ya conocidos, son sólo disponibles por su titular⁴²⁹. Desde esta perspectiva, la intimidad podría definirse por tanto como la parcela de la personalidad que su titular puede mantener legítimamente al margen del conocimiento del público, el denominado *ius solitudinis*⁴³⁰. Ésta es la razón que ha llevado a nuestro Tribunal Constitucional a insistir en que el derecho a la intimidad atribuye a su titular “el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida” y, en

⁴²⁷ JORGE BARREIRO, A. *El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)*, op. cit.

⁴²⁸ Vid. GONZÁLEZ RUS, J. J. *Derecho penal español. Parte especial* (Coord. COBO DEL ROSAL, M.) Dykinson, Madrid, 2004, pág. 322. Vid. también ROMERO COLOMA, A. M^a. *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, op. cit., pág. 58. Vid. también RUIZ MARCO, F. *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, Colex, Madrid, 2001, pág. 45. En parecido sentido se ha pronunciado además nuestro Tribunal Constitucional, vid. al respecto, entre otras, SSTC de 15 de noviembre de 2004 y de 27 de marzo de 2006.

⁴²⁹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 256. Dicho autor resalta, entre otras, la STC 254/1993 y la SAP Madrid, de 26 de mayo de 1999 (caso CESID) como especialmente importantes para fundamentar la necesidad de sanción de bancos de datos almacenados informáticamente y de datos de la vida privada cuyo conocimiento se ha adquirido de forma legítima, pero que no pueden ser utilizados sin autorización de su titular. Más ampliamente. Vid. GALÁN JUÁREZ, M. *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, op. cit., pág. 22 y ss., para quien mientras en el Derecho español únicamente se emplea el término *intimidad*, en inglés se emplean los términos *intimacy* y *privacy* para distinguir, de un lado, el derecho al retiro y al secreto que pertenecen al espacio más espiritual de la persona y, de otro, el derecho al retiro y al secreto en el sentido de mantenerse apartado de los demás.

⁴³⁰ Vid., entre otras, SSTC 114/1984, 142/1993, 144/1994 y 207/1996.

consecuencia, “el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión de la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”⁴³¹.

Por otro lado, el derecho a la intimidad no tiene por qué restringirse únicamente al ámbito doméstico privado. Existen otros ámbitos, como el relacionado con el trabajo o la profesión, que también pueden constituir manifestaciones de la vida privada. Y es que efectivamente podría resultar excesivamente restrictivo limitar la esfera íntima del individuo completamente al margen del mundo exterior. Este derecho aparece estrechamente vinculado, por tanto, a la seguridad personal, pues para sentirse seguro resulta preciso saber que existe un ámbito propio que escapa al conocimiento y control de los demás.

No obstante, y precisamente como consecuencia de la evolución y de los avances de nuestra sociedad y, en gran parte, debido al creciente desarrollo de las nuevas tecnologías, desde hace algún tiempo viene admitiéndose la existencia de un derecho a la intimidad en sentido *negativo*, entendido como el derecho del individuo a la exclusión de los demás de determinados aspectos de la vida privada (secretos). Dicha acepción ha ido evolucionando a su vez hasta convertirse en un nuevo entendimiento positivo, que concibe la intimidad como un derecho del individuo a conocer y controlar la información que los demás poseen sobre él. Nos encontramos así ante un verdadero “derecho de exclusión” derivado de la libertad informática o *habeas data*, consistente en el derecho a controlar los datos de carácter personal y familiar que puedan recogerse y tratarse informáticamente⁴³², desarrollado a su vez a partir del mandato constitucional del art. 18.4 CE, que impone la limitación legal del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad de las personas.

⁴³¹ Vid., por todas, STC 12/2012, de 30 de enero, en relación con el uso de cámaras ocultas.

⁴³² GONZÁLEZ RUS, J.J. *Derecho penal español. Parte especial* (Coord. COBO DEL ROSAL, M.) op. cit., pág. 322 y 323. En parecido sentido, vid. también JORGE BARREIRO, A. *El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)*, op. cit., que al hablar del concepto de privacidad entiende necesario distinguir entre una *fase preinformática* una *fase informática*, proyectada esta última hacia el exterior para ejercer un *derecho de control*, sobre los datos íntimos de las personas. Vid. también, de ese mismo autor, JORGE BARREIRO, A. *El delito de descubrimiento y revelación de secretos del Código penal de 1995. Un análisis del artículo 197 del CP*, op. cit., pág. 114, donde afirma que el bien jurídico protegido en este caso sería una nueva dimensión de la intimidad derivado del control de esos datos en archivos informáticos, denominado la *libertad informática* o, si se quiere, la *intimidad informática*.

En última instancia, podemos afirmar que la dimensión negativa del derecho a la intimidad es el que está recogido en el apartado primero del art. 197, que sanciona las intromisiones ajenas en el ámbito privado del sujeto pasivo; y la positiva en el apartado segundo de ese mismo precepto, que castiga el apoderamiento, la utilización o la modificación de datos personales o familiares, recogidos en bancos de datos, públicos o privados, informáticos o no.

Mayores problemas plantea el nuevo apartado 3 del art. 197, introducido por la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, que castiga los intrusismos informáticos, también denominados *hacking*, empezando por el bien jurídico protegido. Hasta ahora, esta conducta no estaba específicamente prevista en nuestro Código penal, sino sólo en aquellos casos en los que dicha conducta fuera subsumible en otro delito, como, v. gr., en el caso de que la entrada no autorizada en un programa o sistema informático tuviera por objeto atentar contra la intimidad *ex* art. 197.1 ó .2. Sin embargo, si con la nueva regulación lo que se pretende es proteger la propia seguridad informática, su ubicación en los delitos contra la intimidad no parece demasiado justificada, razón por la cual sería recomendable que en esos ataques no autorizados se accediera a información íntima de la víctima⁴³³.

(3).- Entendido en sentido negativo, y desde un punto de vista similar a como ocurre con los delitos contra el honor, en el sentido de *derecho de exclusión*, los delitos contra la intimidad protegen un bien jurídico exclusivamente subjetivo, puesto que depende de la voluntad de cada sujeto, a diferencia de lo que ocurre con otros delitos tradicionales (v. gr., los relativos a la vida, la salud, la libertad sexual), en los que, aun siendo disponibles por el sujeto, tienen un contenido sustancial que no depende de la voluntad de su titular. Por este motivo, resulta esencial conocer en todo momento la decisión del titular del bien jurídico en cuanto a los datos que puedan afectar a su intimidad⁴³⁴.

⁴³³ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. *Comentarios al Código penal* (Dir. GÓMEZ TOMILLO, M.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 794.

⁴³⁴ GONZÁLEZ RUS, J.J. *Derecho penal español. Parte especial* op. cit., pág. 324.

§ VIII. 4. - Publicidad de la intimidad y el secreto de las comunicaciones vs. privacidad del honor

(1).- Teniendo en cuenta que los fundamentos tradicionalmente esgrimidos por la doctrina para justificar la privacidad de los atentados contra la intimidad y el secreto de las comunicaciones, coinciden básicamente con los del honor, esto es, la especial disponibilidad y el carácter personalísimo del bien jurídico protegido, en coherencia con lo manifestado hasta ahora, necesariamente hemos de anticipar nuestra oposición a la perseguibilidad privada de este tipo de delitos.

Obviamente, no estamos hablando aquí de otorgar idéntico tratamiento a ambos derechos – ni en cuanto a su punibilidad, ni tampoco en cuanto a su perseguibilidad – por razones de mera afinidad. En efecto, hacer depender la protección penal de la intimidad de la del honor sería absolutamente injustificado porque, aparte de presuponer una improcedente subordinación de derechos de igual rango constitucional, podría llevar a graves lagunas en la protección de la intimidad. De un lado, por el riesgo de dejar fuera del Derecho penal aquellos ataques a la intimidad que carecieran de significación negativa para el honor, y de otro, en aquellos casos en que efectivamente el hecho lesivo de la intimidad también incida negativamente sobre el honor, su relevancia penal estaría subordinada a la presencia del *animis iniuriandi* y el distinto momento consumativo de la lesión haría que en algunos casos el ataque a la intimidad fuera un acto preparatorio y, como tal, impune, de un ulterior ataque al honor⁴³⁵.

El análisis de la privacidad en los delitos contra la intimidad y el secreto de las comunicaciones requiere, por tanto, un análisis individualizado al margen del ya efectuado respecto de los delitos de injurias y calumnias. Todo ello, a pesar del paralelismo existente entre los delitos contra la intimidad y el honor, que de hecho son recogidos por nuestro Código penal en Títulos consecutivos – X y XI del Libro II, respectivamente –. No en vano, todos estos derechos fundamentales aparecen recogidos en el mismo precepto de nuestra Constitución – art. 18 –, así como por la ya citada LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. De hecho, hasta tal punto es así, que si bien se

⁴³⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Honor y libertad de expresión*, op. cit., pág. 63.

trata de una posición doctrinal minoritaria, algunos autores han llegado a concluir que ambos derechos, junto con el de la intimidad recogido en ese mismo precepto de la Carta Magna, constituyen un único “derecho tricéfalo”⁴³⁶.

Las interrelaciones entre estos derechos podemos encontrarlas en múltiples lugares. Véase, v. gr., el artículo 18.4 CE que inspira a su vez los arts. 197.2 y 3 del Código penal, sobre la limitación de los usos de la informática para “garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos” y que, según nuestro Tribunal Constitucional contiene, en los términos de su sentencia 254/1993, de 20 de julio, “un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los derechos de los ciudadanos que, además es en sí mismo un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama la informática”.

No obstante y aunque la conexión con el honor es evidente, y en ocasiones incluso puede llegar a confundirse, persisten diferencias fundamentales, como el hecho de que, mientras el delito de descubrimiento y revelación de secretos protege la voluntad de la víctima de guardar para sí aspectos de la personalidad que conforman la intimidad, el honor no entiende tal protección sin una referencia a la publicidad⁴³⁷. Mientras el honor está claramente vinculado a la participación activa del individuo en nuestra sociedad y la proyección pública desplegada, la intimidad, en sentido opuesto, persigue precisamente un fin absolutamente contrario, como lo es la nula participación en la vida social respecto de determinados aspectos personales con el fin de preservarlos en la estricta privacidad. Se trata, por tanto, bien de asegurar la falta de información hacia el exterior, bien del control de determinada información ya revelada⁴³⁸. Adicionalmente, la protección al honor que ofrece el ordenamiento civil es mucho más amplia y comprende infracciones mucho menos lesivas que exceden los supuestos de revelación de secretos previstos en los arts. 197 y ss., como sucede, v. gr., con determinadas vulneraciones

⁴³⁶ VIDAL MARTÍNEZ, J. *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*, Montecorvo, 1984, pág. 35.

⁴³⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español. Parte Especial*, op. cit., pág. 249.

⁴³⁸ En parecido sentido, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Honor y libertad de expresión*, op. cit., pág. 62.

inmateriales o incorporales en el ámbito domiciliario, a través de ruidos, emisiones u olores, que pueden ser sancionables en dicha jurisdicción⁴³⁹. Por este motivo, el aseguramiento de una esfera privada en cada individuo, con independencia del alcance de ésta, exige el establecimiento de unos mecanismos de protección independientes a los del honor.

De ahí además que nuestro Tribunal Constitucional haya sido meridianamente claro, ya desde sus primeros pronunciamientos al respecto, al hablar del excepcional valor que la intimidad posee hoy en nuestro entorno, relacionándolo nuevamente con la dignidad de su titular: “El derecho a la intimidad personal del art. 18.1 de la Constitución está estrechamente vinculado a la ‘dignidad de la persona’ que reconoce el art. 10 de la Constitución; e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida”⁴⁴⁰. Pocos derechos fundamentales han recibido tan alta consideración en nuestro ordenamiento. Y así ha debido entenderlo además nuestro legislador, al haber optado por un dotar a este derecho de una protección penal mucho más férrea. Tanto al prever unas penas más graves cuanto la lesión alcanza a la intimidad, como desde el punto de vista de su perseguibilidad, al aplicar a estos delitos de un tratamiento algo menos privatista.

(2).- Sentado lo anterior, y aun tratándose de derechos fundamentales claramente diferenciados, lo cierto es que todos ellos gozan de esa naturaleza personalísima y especialmente disponible. Por este motivo, y al igual que sucedía con los delitos de injurias y calumnias, en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, la doctrina tiende a afirmar nuevamente que la exigencia del requisito de perseguibilidad responde nuevamente al carácter eminentemente personal del bien jurídico protegido por estos delitos⁴⁴¹, así como a la ya citada especial disponibilidad.

Adicionalmente, otros autores han acudido además a la necesidad de proteger los intereses privados del ofendido para evitar que su intimidad pueda verse nuevamente

⁴³⁹ Vid. STS, Sala Primera, 80/2012, de 5 de marzo, que cita además de diversa doctrina jurisprudencial constitucional y europea.

⁴⁴⁰ STC 231/1988, de 2 de diciembre.

⁴⁴¹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 269; en parecido sentido vid. también VIVES ANTON T. y otros autores, *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 331.

afectada con la publicidad inherente al proceso penal⁴⁴², que podría llegar a causar perjuicios similares o incluso superiores a los derivados del delito⁴⁴³. Este perjuicio tendría aquí una mayor trascendencia que en los delitos de injurias y calumnias, que al estar siempre dotados de un inevitable componente de publicidad⁴⁴⁴, están expuestos a un riesgo que difícilmente podrán conllevar ningún tipo de lesión adicional más allá de la rememoración de la ofensa que dio lugar a esos ilícitos. Así es, aquí los delitos contra la intimidad podrían provocar un perjuicio adicional derivado de la inevitable revelación del secreto o dato íntimo objeto del delito, de tal modo que un eventual procedimiento judicial podría provocar su conocimiento por parte de aún más personas.

Ahora bien, habida cuenta de que el art. 201.2 exime de este requisito cuando la vulneración afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, o incluso cuando la conducta sea llevada a cabo por funcionario público, parece que este requisito puede volverse en contra del particular. En efecto, en estos casos, el sujeto pasivo podría verse obligado a padecer un procedimiento penal que pudiera comprometer por segunda vez su intimidad. Nos encontramos en este caso ante una acción presuntamente tuitiva que puede volverse contra el sentido protector que se quiere conferir⁴⁴⁵.

No obstante lo expuesto, con carácter general podemos afirmar que el problema que encuentran estos argumentos, al igual que sucedía en los delitos contra el honor, reside en que, habida cuenta de que ese mismo carácter personalísimo y especial disponibilidad están presente en otros muchos delitos cuya perseguibilidad pública es indiscutida, resultan insuficientes para justificar por sí mismos el tratamiento diferenciado de este tipo de delitos. Tampoco la publicidad de los procedimientos

⁴⁴² RUIZ MARCO, F. *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, op. cit., pág. 105; también TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. *Comentarios al Código penal* op. cit., pág. 812.

⁴⁴³ Vid. JORGE BARREIRO, A. *El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)*, op. cit., quien además afirma que la doctrina, empleando dichos argumentos, se mostró claramente a favor de la condición de perseguibilidad con motivo de la elaboración de los proyectos legislativos que precedieron al vigente Código penal, llegándose a citar como ejemplos a imitar textos legales de nuestro ámbito cultural como Alemania, Suiza, Italia o Portugal.

⁴⁴⁴ Aun cuando los delitos de injurias y calumnias conllevan penas agravadas cuando se cometan con publicidad en los términos previstos por el art. 211 CP, es decir, cuando se propaguen por imprenta, radiodifusión u otro medio de eficacia similar, lo cierto es que en cualquier caso el tipo básico lleva aparejado igualmente cierto componente de publicidad. De lo contrario, no sería posible la comisión de este ilícito, pues es indispensable que la misma sea conocida por terceras personas para poder verse lesionado.

⁴⁴⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español. Parte Especial*, 5ª Ed., Atelier, Barcelona 2008, pág. 265. También RUIZ MARCO, F. *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, op. cit., pág. 106.

penales es suficiente para justificar tal distinción, como acabamos de ver en relación con los delitos contra el honor – máxime cuando el Juez o Tribunal dispone de medios suficientes para asegurar la privacidad del procedimiento⁴⁴⁶ –. En aras a la brevedad no vamos a incidir nuevamente sobre estos aspectos, si bien necesariamente habrá de partirse una vez más del hecho irrefutable de que ninguno de ellos son suficientes para justificar, *per se*, la perseguibilidad privada de este tipo de delitos.

Por otro lado, si las razones que justifican la privacidad de estos delitos son coincidentes con las del honor, el distinto tratamiento que nuestro Código penal otorga a cada uno de ellos en cuanto a su perseguibilidad podría entenderse injustificado⁴⁴⁷. Tanto desde el punto de vista del carácter privativo, con mucha más presencia en las injurias y calumnias al no admitir ni tan siquiera la intervención del Ministerio Fiscal, como del de las excepciones, pues mientras la intimidad admite algunas como la afectación a una pluralidad de personas, cuando el derecho fundamental afectado es el honor no se admite tal concesión. En efecto, si la perseguibilidad de este delito se fundamenta una vez en su carácter personalísimo, no tendría demasiado sentido otorgar a cada uno de ellos un trato diferenciado.

(3).- Sin embargo, dejando de un lado tales similitudes, y entrando ya en las características puntuales del bien objeto de protección, las diferencias de fondo entre unos y otros tipos penales, no sólo justifican un distinto tratamiento penal sino que, además, si bien para los delitos contra el honor podíamos defender una postura a favor de la despenalización de los delitos de injurias y calumnias, la especial gravedad de los delitos contra la intimidad exige que éstos sigan siendo sancionados por el Código penal desde una perspectiva exclusivamente pública⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ Sin perjuicio de que volvamos sobre ello al tratar los delitos contra la libertad sexual – vid. *ut infra* Cap. XIV. 3. –, y aun cuando efectivamente, mientras que la fase de instrucción se caracteriza por el secreto de las actuaciones respecto de quienes no sean parte en el proceso, salvo las excepciones previstas en el art. 302 LECrim. para el secreto sumarial, el legislador prevé determinadas medidas en casos extremos. Así, *ad exemplum*, aun cuando la publicidad es nota definitoria del acto del juicio oral y la sentencia, entre otros, *ex art.* 232 LOPJ y art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el art. 680 LECrim. otorga al Presidente del Tribunal la facultad de celebrar juicios a puerta cerrada.

⁴⁴⁷ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. *Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, La Ley, Sección Doctrina, Ref. D-228, Tomo 4, 1996.

⁴⁴⁸ Cfr. MORALES PRATS, F. *Comentarios a la parte especial del Derecho penal* (Dir. QUINTERO OLIVARES, O.; Coord. MORALES PRATS, F.), 8ª Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 542, quien aboga por facultar al ministerio Fiscal a interponer querrela al estilo de lo dispuesto en los delitos contra la libertad sexual a fin de (i) evitar posibles extorsiones a la víctima para no denunciar el

En efecto, el distinto tratamiento que ofrecen tanto la punibilidad como la perseguibilidad de los delitos contra la intimidad respecto de los del honor, indudablemente responde a la existencia de determinadas diferencias que impiden el mismo grado de *privacidad* entre unos y otros. Así, la diferencia fundamental reside en la distinta gravedad de ambos ataques, manifestada, de entrada por las diferentes penas previstas entre unos y otros – multas en los delitos contra el honor y prisión en los que afectan a la intimidad –. Y es que mientras los delitos contra el honor tienen por finalidad la protección de la proyección social de la que en mayor o menor medida dispone cualquier individuo, los delitos contra la intimidad se sustentan en el aseguramiento de una esfera privada en cada individuo. Y es ahí donde se justifica la intervención del Derecho penal, en la necesidad de dotar de una especial protección, o una protección reforzada, si se quiere, respecto de aquella información íntima de sus titulares que hayan mostrado un especial celo en mantenerlos en secreto.

Máxime si tenemos en cuenta que, cuando hablamos de descubrimiento y revelación de secretos, nos estamos refiriendo a aquellos datos respecto de los cuales el propietario ha tenido un especial celo o cuidado en mantenerlos reservados. De ahí que para colmar el tipo sea necesaria la utilización de medios específicos para conseguir su ilícita aprehensión, y que en algunos casos implicará la utilización de artificios tecnológicos para capturar el secreto en cuestión. Precisamente por ello, nuestra jurisprudencia ha situado el límite entre el ilícito penal y el civil de la LO 1/1982, además de en una menor lesividad de la conducta, en que, mientras el primero implica una injerencia de la intimidad mediante la captación de imágenes o comunicaciones en el ámbito privado, la segunda sería apreciable cuando esa captación ilícita tuviere lugar en lugares abiertos al público⁴⁴⁹, en los que igualmente se protege el derecho a la intimidad, si bien de una forma mucho más laxa dada la especial exposición a otras personas.

A pesar de lo anterior, es insoslayable tener en cuenta que la protección de la intimidad presenta nuevamente defectos legislativos que hacen difícil discernir el ilícito civil del penal. Nótese aquí que, mientras los arts. 197 y ss. del Código penal sanciona el

delito; o (ii) evitar la impunidad del mismo en el supuesto de que la víctima no se percatase de estar siendo objeto de algún tipo de vulneración o atentado contra su intimidad.

⁴⁴⁹ Vid. STS 1219/2004, de 10 diciembre, citada *ut supra*.

apoderamiento ilícito de correspondencia, papeles, etc. o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión o grabación, el art. 8 de la LO 1/1982 contempla conductas que van precisamente en esa misma línea⁴⁵⁰. Ahora bien, mientras en los delitos contra el honor la menor trascendencia de la lesión nos empujaba a aceptar su despenalización, en este caso no es posible llegar a la misma conclusión, razón por la cual, insistimos, las conductas sancionadas por la legislación civil habrán de interpretarse siempre en el sentido de captación de datos íntimos en espacios abiertos al público.

A partir de lo anterior, hablar de especial disponibilidad de la intimidad en un lugar público puede cobrar cierto sentido, en la medida en que es en ese ámbito de exposición al exterior donde el titular tiene la posibilidad de dar a conocer un dato íntimo al exterior, esto es, de hacer públicos sus secretos al adoptar voluntariamente posturas o comportamientos más desinhibidos o extrovertidos. Sin embargo, cuando hablamos de injerencias en un sentido estrictamente penal, que protege tanto la interceptación de datos íntimos tratados únicamente en una esfera reservada, a través de la interceptación ilícita de correos o la utilización de artificios técnicos de escucha o grabación de conversaciones privadas, como la sola utilización de esos aparatos con la finalidad de vulnerar la intimidad aun cuando no se llegase a consumir el hecho, el consentimiento empieza a cobrar mucho menos sentido. En este caso mucho más difícil hablar de especial disponibilidad, pues es obvio que aquí no hay opción de hacer público ningún dato que iba tratarse únicamente en el ámbito privado.

⁴⁵⁰ Art. 7 LO 2/1982, de 5 de mayo: “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

Dos. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

Tres. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos”.

§ VIII. 5. - Conclusiones

(1).- La perseguibilidad privada de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos carece por completo de tradición jurídica, a pesar de que nuestro Derecho penal viene protegiendo el derecho a la intimidad desde antiguo, si bien de forma relativamente residual y no en los mismos términos conocidos en la actualidad.

(2).- El art. 197 sanciona dos derechos constitucionales de forma independiente pero cumulativa, castigando tanto el descubrimiento ilícito de secretos como la vulneración de la intimidad, bien mediante el apoderamiento de papeles, cartas o mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, bien mediante la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o, incluso, con el mero acceso ilegítimo a datos de carácter íntimo contenido en cualquiera tipo de archivos ficheros o soportes informáticos.

(3).- A pesar de la existencia de evidentes interrelaciones entre los delitos contra el honor y contra la intimidad, existen diferencias que exigen un tratamiento penal diferenciado, tanto desde el punto de su punibilidad como del de su perseguibilidad.

(4).- La mayor gravedad de los delitos contra la intimidad (18.1 CE) y el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) impide (a) que éstos puedan ser despenalizados tal y como proponíamos para los delitos contra el honor, y (b) hacen que carezca de fundamento realmente plausible su sometimiento a cualquier tipo de condición de perseguibilidad.

(5).- Tal circunstancia no impide la depuración por la vía civil de aquellos atentados menos graves. Desde esta perspectiva, el límite entre el ilícito penal y el civil de la LO 1/1982 reside, además de en una menor lesividad de la conducta, en que mientras el primero implica una injerencia de la intimidad mediante la captación de imágenes o comunicaciones en el ámbito privado, la segunda sería apreciable cuando esa captación ilícita tuviere lugar en lugares abiertos al público, en los que igualmente se protege el derecho a la intimidad, si bien de una forma mucho más laxa dada la especial exposición a otras personas.

CAPÍTULO IX. - DAÑOS CAUSADOS POR IMPRUDENCIA

§ IX. 1. - Progresiva privatización de los delitos de daños en nuestro Código penal

(1).- Los delitos de daños están sancionados en nuestros Código penales desde antiguo, si bien no siempre en su modalidad imprudente, y nunca, hasta el año 1989, estando sometidos a ningún tipo de condición de perseguibilidad. Ya nuestro primer Código de 1822, en el Título III de su Parte Segunda denominado “de los delitos contra la propiedad de los particulares”, regulaba de forma casuística en sus arts. 787 y siguientes diversas modalidades de daños en bienes muebles o inmuebles ajenos, tanto de forma dolosa como negligente⁴⁵¹. En parecido sentido, el siguiente Código penal de 1948 dedicó a este tipo de conductas el capítulo VIII del Libro XIV, relativo a los delitos contra la propiedad, con una formulación del delito de daños que heredarían las regulaciones de las siguientes codificaciones con algunas reformas efectuadas en los años 1932 y 1963⁴⁵².

No obstante lo expuesto, ninguno de los Códigos penales vigentes desde entonces, ni tan siquiera el actual de 1995, llegaría a definir el concepto de daño como tal, habiéndose limitado el legislador en cada uno de los casos a enumerar diversas modalidades de estas infracciones, bien en propiedades particulares, bien en propiedades públicas o de uso social. Nos encontramos por tanto, ante una regulación dotada de cierta anarquía que se ha venido mantenido hasta la actualidad, pues el vigente Código penal, además de en el Capítulo IX, contempla otro tipo de daños públicos y privados en otros preceptos. Según veremos más adelante, este desorden ha sido precisamente uno de los focos frente a los que nuestra doctrina ha centrado gran parte de las críticas relativas a este tipo de ilícitos.

⁴⁵¹ Vid., v. gr., art. 790 CP 1822: “El incendio comunicado a la propiedad ajena por negligencia del dueño o del que cuida hornos, fraguas, chimeneas o cualquier otro lugar destinado a encender lumbre, bien consista negligencia en falta de limpieza, bien en la debilidad de la obra, bien en la poca vigilancia mientras está ardiendo el fuego, o en descuido en matarle, o bien en echarle pábulo en exceso será castigado con la multa de ciento a doscientos duros (...)”

⁴⁵² Más ampliamente, vid. IÑESTA PASTOR, E., *El Código Penal Español de 1848*, op. cit., pág. 752.

Frente a lo anterior, la punibilidad del delito de daños en casos de imprudencia no ha existido en nuestro Derecho de forma histórica, generando una amplia polémica que ha llevado a nuestra doctrina jurisprudencial a defender en no pocas ocasiones su impunidad⁴⁵³. Y a dicha tendencia, la doctrina científica se ha sumado también en no pocas ocasiones al defender, de *lege ferenda*, la necesidad de excluir del Código penal los daños imprudentes, esgrimiendo razones tales como su escasa alarma social o el hecho de que inicialmente fueron incorporados a nuestro Derecho penal en el erróneo entendimiento de una justicia civil lenta, incapaz de resolver este tipo de conflictos en dicha vía⁴⁵⁴. Estas dudas en cuanto a la punibilidad de estos daños se acentúan aún más si tenemos en cuenta que es la única de las infracciones contra el patrimonio que admite su punición de modo imprudente⁴⁵⁵. Indudablemente, esta excepcionalidad es precisamente la que arroja tantas dudas sobre su tratamiento en sede penal en lugar de en el civil.

(2).- A la vista de la situación, la reforma “despenalizadora” del anterior Código penal acaecida en 1989, intentó sistematizar los delitos de daños, mediante el mantenimiento de la falta de daños intencionales por importes inferiores a 30.000 pesetas, así como la perseguibilidad privada de los daños imprudentes con infracción de los reglamentos, causen daños en las cosas cuyo importe exceda de la cuantía del seguro obligatorio. De igual forma, la referida reforma propiciaría la modificación del art. 563 del antiguo Código penal de 1973, pasando a exigir la previa interposición de denuncia del “perjudicado” como condición ineludible para su perseguibilidad, su representante o sus herederos para la persecución del delito de daños imprudentes, permitiendo la intervención de oficio del Ministerio Público si la víctima fuera persona desvalida⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Vid., entre otras, SSTs de 23 de septiembre de 1884, 21 de diciembre de 1909, 12 de febrero de 1921 ó 7 de octubre de 1931.

⁴⁵⁴ En este sentido, vid. JORGE BARREIRO, A. *El delito de daños en el Código penal español*, Anuario Derecho Penal, Tomo 36, 1983, págs. 505 y ss. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros autores, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II* (Dir. BAJO FERNÁNDEZ, M.) Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pág. 503, que no obstante advierte de que en tal caso, la única amenaza de la responsabilidad civil, sin sanción penal alguna, podría ser insuficiente para la prevención de daños imprudentes en sectores como el tráfico automovilístico o el medio ambiente.

⁴⁵⁵ Vid. MESTRE DELGADO, E. *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., pág. 313, para quien, el hecho de que sea éste el único delito imprudente entre las infracciones contra el patrimonio, responde además a las exigencias del proceso despenalizador de los daños imprudentes iniciado en 1989.

⁴⁵⁶ Art. 563 CP 1973: “Los daños intencionadamente causados no comprendidos en los artículos anteriores, cuyo importe exceda de 30.000 pesetas, serán castigados con la pena de multa de 100.000 a 700.000 pesetas.

Cuando los daños a que se refiere el párrafo anterior fueren causados por imprudencia temeraria, será de aplicación el artículo 565 de este Código únicamente cuando la cuantía de dichos daños exceda de la

Era así la primera vez en que un Código penal incluía un requisito de esta naturaleza en este tipo de delitos, pues hasta entonces no existían precedentes en los que los delitos de daños imprudentes hubieran encontrado limitación alguna en cuanto a su perseguibilidad mediante la exigencia de ningún tipo de condición subjetiva.

En este sentido, resulta importante señalar que, si bien la exigencia de denuncia por parte del perjudicado fue incluida desde el comienzo, durante la tramitación parlamentaria sufrió alguna modificación⁴⁵⁷. En efecto, la redacción definitiva fue consecuencia de la enmienda nº 26 planteada por el Grupo Parlamentario Vasco (PNV), que bajo la justificación de que era la tónica que se seguía en los delitos semiprivados, interesó no limitar la perseguibilidad al perjudicado, sino también “y, en su defecto, de sus herederos o representante legal. El Ministerio Fiscal podrá denunciar en los casos que considere oportuno, en defensa de la persona agraviada, si ésta fuera de todo punto desvalida.”. Sin embargo, lo cierto es que tal pretensión carecía absolutamente de lógica, al menos en parte, habida cuenta de que, como veremos *infra*, perjudicado y agraviado son dos conceptos distintos que aquí se estaban equiparando, así como que los perjudicados pueden identificarse con los herederos, siendo por tanto innecesaria una referencia en ese sentido.

Dicha labor sería continuada posteriormente por el vigente Código penal de 1995, castigando únicamente los daños dolosos y, en cuanto a los imprudentes, sólo cuando la imprudencia fuera grave, se superasen los 80.000 € de perjuicio⁴⁵⁸, y hubiera previa denuncia del agraviado – en vez del perjudicado –. A mayor abundamiento, se mantenía la intervención del Ministerio Fiscal, en vez de únicamente en casos de desvalimiento, también cuando aquél fuera menor de edad e incapaz, incluyéndose de forma novedosa la posibilidad de la extinción de la acción penal si mediare el perdón del ofendido. En

cuantía del Seguro Obligatorio. Las infracciones a que se refiere este apartado sólo serán perseguibles previa denuncia del perjudicado y, en su defecto, de sus herederos o representante legal. El Ministerio Fiscal podrá denunciar en los casos que considere oportuno, en defensa de la persona agraviada, si ésta fuese de todo punto desvalida.”

⁴⁵⁷ La redacción original del art. 563 CP 1973 rezaba lo siguiente: “Los daños intencionadamente causados no comprendidos en los artículos anteriores, cuyo importe exceda de 30.000 pesetas, serán castigados con la pena de multa de 100.000 a 700.000 pesetas.

Cuando los daños a que se refiere el párrafo anterior fueren causados por imprudencia temeraria, será de aplicación el art. 565 de este Código únicamente cuando la cuantía de dichos daños exceda de 500.000 pesetas. Las infracciones a que se refiere este apartado sólo serán perseguibles previa denuncia del perjudicado.”

⁴⁵⁸ No obstante, hasta la reforma operada por la LO15/2003, de 15 de noviembre, la cuantía mínima se estableció en diez millones de las antiguas pesetas.

cuanto a las faltas, el art. 625 únicamente admitiría los daños intencionales por importe inferior a 400 €, aunque perseguibles de oficio. Por último, con la reforma del Código penal de 2010, la redacción del último párrafo del art. 267 fue modificada nuevamente en el sentido de sustituir el término *persona agraviada* por el de *ofendido*, si bien con ninguna consecuencia práctica al ser ambos términos perfectamente equiparables.

Salta a la vista, por tanto, la existencia de una paulatina y verdadera tendencia despenalizadora, de este tipo de delitos, en los que el Derecho penal parece estar abocado a quedar reservado únicamente para sancionar daños de cierta entidad y fundamentalmente dolosos⁴⁵⁹, y en los que paulatinamente el *ius puniendi* ha ido privatizando este ilícito mediante la cesión del control a favor del sujeto pasivo, pese a las amplias discusiones doctrinales que, desde hace décadas, vienen sucediéndose en torno a la despenalización de los daños⁴⁶⁰.

§ IX. 2. - Propiedad ajena como objeto de protección

(1).- Tal y como hemos apuntado, nuestro Código penal no regula todos los delitos de daños de forma unitaria, existiendo muchos otros ilícitos, al margen de los contemplados en el art. 267 que, por afectar a otros bienes jurídicos, aparecen protegidos en otros preceptos⁴⁶¹. Es el caso, entre otros, de los daños en cosa propia de utilidad social o cultural – art. 289 –; los daños en archivos, registros, museos, bibliotecas, centros docentes, etc., cometidos, bien de forma dolosa, bien de forma imprudente en cuantía superior a 400 € – arts. 323 y 324 –; los daños ocasionados contra la fauna mediante la caza o pesca empleando veneno, medios explosivos o instrumentos o artes de corte similar – art. 336 –; los daños ocasionados en propiedades por grupos que atenten contra la paz y orden públicos – art. 557 –; los daños que interrumpan, obstaculicen o destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones o la correspondencia postal – art. 56 –; o, dentro de las faltas, las de daños similares al art.

⁴⁵⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español. Parte Especial*, op. cit., pág. 593 y 602.

⁴⁶⁰ Sobre las diferentes posiciones doctrinales en relación con la despenalización de los delitos de daños, vid. SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Los delitos de daños*, Aranzadi, Pamplona, 1994, *passim*.

⁴⁶¹ En este sentido, vid. MESTRE DELGADO, E. *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., pág. 307, para quien la regulación de los delitos de daños es una de las peores que se contienen en el actual Código penal, no sólo por su dispersidad en distintos Capítulos y Títulos, sino también por la confusión que genera la inexistencia de ningún tipo de definición al respecto y por su incoherencia y mala semántica.

323 pero por importe inferior a 400 € – art. 625 –, o, incluso, el deslucimiento de bienes inmuebles de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o su propietario – art. 626 –.

La diferencia entre estos ilícitos reside en que, mientras en los delitos de daños de los arts. 263 y siguientes no hay ningún tipo de duda en que el bien jurídico reside exclusivamente en la propiedad privada de la víctima⁴⁶² o, más concretamente, en el derecho de propiedad ajeno, al ser la víctima la propietaria del bien menoscabado, en el resto de los daños contemplados en el Código penal nos encontramos ante otros bienes objeto de tutela supraindividual, como la función social o cultural de la propiedad en los arts. 289, 323 y 324, la protección de la fauna en el art. 336, el orden público en el sentido de la tranquilidad ciudadana en manifestaciones colectivas del art. 557, o el desorden de la vida colectiva que puedan provocar los daños del art. 560⁴⁶³.

(2).- Los delitos de daños en propiedad ajena entran dentro de los denominados delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico – que abordaremos con mayor amplitud *infra* –, siendo una de sus características distintivas frente al resto de los ilícitos contemplados en el mismo título que, en principio, y con las salvedades a las que luego nos referiremos, conllevan un empobrecimiento de la víctima sin el correlativo enriquecimiento ilícito del sujeto activo. Con carácter general, la doctrina ha venido lamentando que el Código penal no contenga una definición concreta del delito daños, como ya sucediera en los códigos precedentes⁴⁶⁴, lo que ha llevado a intentar suplir

⁴⁶² ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho penal (Parte General y Parte Especial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 592. También GONZÁLEZ RUS, J. J. *Derecho penal español. Parte especial* op. cit., pág. 542. Vid. también ANDRÉS DOMINGUEZ, A. C. *Comentarios al Código penal* (Dir. GÓMEZ TOMILLO, M.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 1.013, quien entiende que, más en concreto, lo que verdaderamente protege este tipo es el derecho a la integridad o consistencia material de una cosa, el derecho a su existencia o permanencia incólume, derecho que corresponde al titular de la propiedad sobre ella. En parecido sentido, vid. además CORDOY BIDASOLO, M. *Manual práctico de Derecho penal. Parte Especial*, junto con otros autores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 550, que afirma igualmente que, según doctrina jurisprudencial mayoritaria (SSTS de 6 de mayo de 1999, de 20 de enero de 1994 ó 8 de febrero de 1993, entre otras), los delitos de daños protegen la propiedad o su contenido jurídico o económico.

⁴⁶³ No obstante, entiende SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Los delitos de daños*, op. cit., pág. 35, que, con independencia de los distintos bienes jurídicos protegidos que podamos encontrar en cada uno de los tipos, lo cierto es que es posible apreciar uno único y común a todos ellos: “el derecho de propiedad”.

⁴⁶⁴ Por todos, vid. SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Los delitos de daños*, op. cit., pág. 21, quien pone de manifiesto distintas críticas doctrinales a las dificultades terminológicas planteadas en los delitos de daños como consecuencia de definición en el Código penal. En este sentido, resulta interesante además la cita que hace el autor de la STS de 16 de octubre de 1917 sobre el concepto de daños: “ya se considere la palabra daño en el sentido meramente gramatical, ya en el jurídico, envuelve la idea de todo detrimento que se reciba por culpa de otro en la hacienda o en la persona (...) sin que entre el concepto de daño y el

dicha carencia recurriendo a definiciones lo más ajustadas posibles a las conductas referidas en los arts. 263 y siguientes⁴⁶⁵.

Coincidimos con aquellos sectores doctrinales que entienden que la palabra *daños* hace referencia a dos categorías jurídicas distintas: el daño civil y el daño penal. El *civil*, que comprende incluso el lucro cesante y los perjuicios morales, en la mayor parte de los casos; y, por su parte, el daño *penal* incluye un daño civil, de modo que el delito de daños normalmente provoca la aplicación de la pena prevista en la Ley penal a la vez que la determinación del perjuicio resarcible y, por tanto, de la cuantía de la responsabilidad civil. La diferencia podríamos situarla en comportamiento doloso del agresor, exigida para los daños de los arts. 263 y siguientes, o de imprudencia grave del art. 267. De no mediar ningún de estos dos requisitos, la víctima vendría avocada a reclamar los daños por vía civil únicamente con la finalidad de verse resarcido por los perjuicios ocasionados⁴⁶⁶.

En cuanto al bien jurídico protegido en los delitos de daños, éste lo encontramos en la propiedad ajena, que implica no sólo aquellos objetos que sean titularidad de una persona en su totalidad, sino también de aquellas otras respecto de las cuales únicamente se disponga, v. gr., por cuotas⁴⁶⁷.

perjuicio pueda señalarse diferencia esencial alguna, como no sea la de que en el primero el mal ha de ser directo y en el segundo indirecto (...)"

⁴⁶⁵ Es el caso de BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros autores, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*, op. cit., 1998, pág. 503, para quien por daños, a efectos penales, ha de entenderse la destrucción, inutilización menoscabo o deterioro de una cosa. En parecido sentido, vid. ALONSO PÉREZ, F. *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Colex, Madrid, 2003, pág. 331, que define el delito de daños como "toda acción u omisión voluntaria que ocasiona la destrucción o menoscabo de cosas valiosas ajenas sin la autorización de su dueño, o de las cosas especialmente protegidas por el derecho, siempre que no merecieren otra calificación jurídico-penal."

⁴⁶⁶ Cfr. SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Los delitos de daños*, op. cit., pág. 23 y ss., para quien la diferencia cabría situarla más bien en que, mientras desde la perspectiva penal, éste sería el efecto *directo* del delito en tanto atentado contra la propiedad, desde un punto de vista civil cabría añadir los efectos *indirectos* que constituirían los ya aludidos lucro cesante, daños morales y aquellos otros que excedan de lo estrictamente penal. Este autor entiende además que los daños penales han de situarse un nivel superior en relación con los civiles, lo que implica que "sólo aquellos comportamientos más lesivos, más peligrosos, más antisociales y dignos de mayor reproche, será conveniente prevenirlos y reprimirlos mediante su adecuada tipificación, conminando su realización con una pena. Dejando, en virtud del principio de intervención mínima, que el Derecho civil se encargue del resarcimiento de los demás daños."

⁴⁶⁷ Vid. SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Los delitos de daños*, op. cit., pág. 38 y ss. Para este autor, únicamente quedan fuera de los delitos de daños las *res nullius* (cosas de nadie) y las *res derelictae* (cosas abandonadas), siendo por tanto indiferente si la titularidad del bien en cuestión es pública o privada o, como se ha dicho, total o parcial.

La definición normativa nos lleva a la confusión entre daño como causa y perjuicio patrimonial como efecto, siendo más recomendable entender que el daño implica la destrucción o menoscabo de una cosa (propiedad ajena), pero con independencia del perjuicio patrimonial que se pueda ocasionar. Por esta razón, el tipo penal castiga esta conducta en función del valor particular de la cosa dañada, pero no del perjuicio patrimonial ocasionado, que solamente servirá para cuantificar la responsabilidad civil conforme a los arts. 116 Código penal y 1902 del Código civil. Únicamente, por tanto, en la especialidad cualificada del art. 263.2.5º, para los casos de ruina del perjudicado, se tiene en cuenta el empobrecimiento patrimonial⁴⁶⁸.

De lo contrario, no tendrían encaje entre este tipo de ilícitos aquellas conductas que, aun implicando algún tipo de daño, no conllevasen deterioro patrimonial como sucede, entre otros, con la destrucción de un edificio en ruinas de costoso mantenimiento, el derribo de una casa antigua ocupada por un arrendatario que pague una renta demasiado baja, los daños ocasionados en el comercio de un competidor que provoquen la captación de su clientela, etc.

§ IX. 3. - Principio de intervención mínima, oportunidad procesal e imprudencia como pretendidos elementos justificadores de la perseguibilidad privada

(1).- A diferencia de lo que sucede con los delitos contra el honor y la intimidad, la limitación de la perseguibilidad en los delitos de daños imprudentes reside, si seguimos la literalidad de LO 3/1989, de 21 de junio, no sólo en los principios de intervención mínima y *ultima ratio* del Derecho penal, sino también en criterios de oportunidad y de política judicial, tendentes a evitar una excesiva acumulación de causas penales en Juzgados y Tribunales.

No parece plausible acudir aquí, por tanto, al carácter personal o a la especial disponibilidad del bien jurídico protegido, como justificación del sometimiento del *ius puniendi* a la voluntad de la víctima a la hora de perseguir este tipo de delitos contra el

⁴⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 443 y ss. En parecido sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros autores, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*, op. cit., pág. 505, afirma que habrá delito aun cuando la víctima se enriquezca.

patrimonio. Sorprendentemente, a pesar de estar ambas características igualmente aquí presentes, pues cuando hablamos de daños lo hacemos en referencia a la propiedad privada de un particular. No obstante, parece que en esta ocasión sería más bien la escasa entidad de la lesión la que justificaría esa especial perseguibilidad; motivo éste que, por otro lado, ya hemos visto que resulta insuficiente para justificar la perseguibilidad privada en ningún tipo de ilícito penal.

Ahora bien, vistas las incongruencias sistemáticas a que este tratamiento da lugar, a las que más adelante nos referiremos, salta a la vista que la perseguibilidad privada de los daños imprudentes hubiera exigido un debate mucho más profundo que el que se proponía, limitado desde un inicio a una mera alusión extremadamente genérica al efecto descarga de la Administración de Justicia, así como al de mínima intervención. Sin duda alguna, hubiera sido mucho más recomendable optar directamente por la despenalización de este ilícito, al que en cualquier caso parece estar abocado, antes que por la dotación de un tratamiento privilegiado respecto de otros atentados contra el patrimonio⁴⁶⁹, que si bien no admiten formas imprudentes como la que ahora nos ocupa, abordan lesiones claramente inferiores a los 80.000 € exigidos por el art. 267.

En efecto, como hemos apuntado, la escasa entidad de los daños imprudentes, junto con una imperiosa necesidad de descongestionar a la Administración de Justicia, fueron las principales causas que motivaron las restricciones de este delito en cuanto a su perseguibilidad. Habida cuenta de que éste es el único delito patrimonial que admite su comisión imprudente, así como la acreditada voluntad del legislador de reducir a la mínima expresión su punibilidad en sede penal, la limitación de su perseguibilidad sólo a instancias del agraviado probablemente respondió a estos motivos, que a su vez implicaron la admisibilidad del perdón del ofendido como causa de extinción de la acción penal contemplada en el art. 267.

Así se desprende con total claridad del preámbulo de la reforma de 1989, que reconocía expresamente que la exigencia del impulso del perjudicado para la persecución de estos delitos vino influenciada, además de por el principio de mínima intervención que

⁴⁶⁹ Cfr. LIBANO BERISTAIN, A. *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, op. cit., pág. 292, para quien el régimen de perseguibilidad privada opera eficazmente como sustitutivo de la despenalización del delito.

presidía con carácter general toda la reforma, por la expresa voluntad de intentar aliviar la saturación de los Tribunales con procedimientos de escasa entidad: “la persecución de oficio que hasta ahora los dominaba (los delitos de daños) en lo procesal contribuía a una innecesaria acumulación de causas penales. Claro está que el sistema punitivo debe conservar cierta parcela de hecho bajo conminación penal: esos hechos, naturalmente, son los que aparecen, por razones objetivas y subjetivas, como los más graves ataques destructivos de la propiedad, reputándose como tales los daños dolosos, remitidos a la condición de delito o falta según la cuantía de los mismos, y los daños culposos fruto de la imprudencia temeraria o simple por importe superior a la cuantía del seguro obligatorio, condicionándose estas últimas modalidades a la persecución privada.”

Y así parece haberlo entendido también nuestro Tribunal Supremo, al haber reconocido expresamente que: “(...) El precepto fue altamente criticado porque el bien jurídico protegido, cuando es el patrimonio, solamente se protege penalmente en función del daño, con evidentes e irritantes discriminaciones. Mas se olvida que el artículo citado responde a lo que las exigencias del principio de mínima intervención impone en aquellos casos en los que el daño causado sea menor. Ello sin embargo no supone que por debajo de las cuantías mínimas exigidas se declare que la imprudencia no es antijurídica, sino que, simplemente, se declara la misma fuera de la intervención penal, por razones político criminales y no por carencia de ‘injusticia’. De ahí que se pueda ejercitar una acción civil en reclamación del perjuicio sufrido cuando es inferior a los diez millones establecidos por la ley”⁴⁷⁰.

(2).- Como decimos, nos encontramos ante una justificación excesivamente genérica e incongruente que en modo alguno justifica la exigencia de denuncia privada, amén de las contradicciones a las que da lugar cuando entra en comparación con otros delitos patrimoniales contemplados en nuestro Código penal. Como hemos expuesto *supra*, no es posible justificar en modo alguno la *privacidad* de ningún tipo de delito sobre la base de ningún pretendido principio de mínima intervención, por lo que esta privacidad carece aquí de justificación ninguna. No obstante lo expuesto, existen argumentos adicionales que refuerzan aún más la imposibilidad de dotar este tratamiento a estos ilícitos.

⁴⁷⁰ Vid. STS de 6 de mayo de 1999.

Salta a la vista que el elemento diferenciador frente al resto de los delitos contra el patrimonio que no admiten una perseguibilidad a instancias del agraviado, es su modalidad imprudente, pues no aparece en ningún otro delito de esta naturaleza. Dentro de los delitos de daños, también es admitida la comisión por imprudencia grave en los contemplados en el del art. 324, que regula los daños sobre el patrimonio histórico, superiores a 400 €, cometidos en archivos, registros, bibliotecas, centros docentes, etc. No obstante, al estar en juego en este caso los intereses públicos del titular del patrimonio, el Estado, es perfectamente comprensible la imposibilidad en este caso ceder la iniciativa de la acción penal en favor de intereses privados.

El segundo elemento característico lo encontramos en la escasa lesividad del perjuicio ocasionado, reducido a un daño material superior a 80.000 €. Sin embargo, esta menor trascendencia sí es posible encontrarla en la práctica totalidad de los delitos contra el patrimonio, habida cuenta de los bajos importes que admiten sus distintas formas, que suelen establecer el límite entre el delito y la falta en tan sólo 400 €. Basta por tanto la causación de un perjuicio muy inferior al límite de 80.000 € estipulado en los daños imprudentes, para la imposición de una sanción penal por la comisión de delitos patrimoniales (dolosos) de corte tradicional, como los hurtos – art. 234 –, el robo y hurto de uso de vehículos – art. 247 –, o la estafa – art. 248 –. Este mismo límite persiste incluso en otros delitos contra el patrimonio que podríamos tildar incluso de *menores*, como la alteración de lindes de dominio público o privado que pudiera provocar un daño por importe superior a 400 € – art. 246 –; la distracción de aguas de uso público o privativo cuya utilidad reportara excediera 400 € – art. 247 –; la defraudación de fluido eléctrico superior a 400 € – art. 255 –; o el uso inconsentido de un terminal de comunicación que pudiera causar un perjuicio superior a 400 € – art. 256 –.

Por otro lado, es obvio que para poder admitir la privacidad de los delitos de daños imprudentes frente a la publicidad de cualquier otro delito patrimonial, aun cuando el resultado fuera mucho menos lesivo, hemos de partir de la base de que obviamente, con carácter general, la creación las acciones imprudentes tienen menos gravedad que las dolosas *per se*.

Ahora bien, si la imprudencia, y dejando de un lado los delitos de peligro abstracto, requiere en cualquier caso de un resultado lesivo y causal para ser punible, la exigibilidad de 80.000 para un delito de daños, cuando únicamente se están exigiendo 400 € para delitos como el de alteración de lindes, no parecedemasiado justificada. Y es que, si la perseguibilidad privada de un determinado delito contra el patrimonio pretende basarse únicamente en razones de oportunidad y mínima intervención, lo mismo podrá argüirse para extender ese mismo tratamiento a aquellos delitos que igualmente se acerquen a la cuantía mínima exigible en el tipo. De lo contrario, nos encontraríamos ante un tratamiento absolutamente arbitrario de unos ilícitos frente a otros.

Especialmente paradójico resulta el hecho de que, sobre la base de dichos principios, el Código penal admita la perseguibilidad privada del delito de daños imprudentes, pero no de la falta del art. 625, de menor entidad pese a admitir la comisión dolosa. Y lo mismo podríamos decir del resto de faltas contra el patrimonio reguladas en los arts. 623 y ss. Si los principios de intervención mínima y oportunidad fueron los que, supuestamente, recomendaron la perseguibilidad privada de aquellos delitos patrimoniales, con mayor motivo debiera de haberse admitido, cuando menos, ese mismo tratamiento para las faltas menos graves.

A la vista de lo anterior, y dada la acreditada voluntad del legislador de limitar la punibilidad de determinados delitos, sin duda alguna hubiera sido más acertado empezar por retomar las importantes discusiones doctrinales, tanto acerca de si los delitos de daños admiten su realización imprudente, por comisión o por omisión, o si los daños imprudentes constituyen únicamente ilícitos civiles, razón por la cual la opinión mayoritaria de nuestra doctrina se muestra partidaria desde hace tiempo por la despenalización de estos ilícitos⁴⁷¹.

Indudablemente, es una cuestión de cierta trascendencia, pues con independencia de que nos postulemos a favor o en contra de si los daños exigen un dolo específico para su punibilidad, es obvio que el hecho de que dicho carácter imprudente y las dudas que tal concepto suscita, han resultado determinantes, tanto para la limitación de la punibilidad

⁴⁷¹ En relación con estas dos disquisiciones, vid. SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Los delitos de daños*, op. cit., pág. 304 y ss.

de los daños imprudentes únicamente para aquellos supuestos en que el perjuicio económico supere los 80.000 €, como en la limitación de su perseguibilidad únicamente a instancias del agraviado o de su representante legal. Y aun con todo, dichas limitaciones resultan del todo insuficientes para justificar el establecimiento de sanciones penales respecto de este tipo de conductas, siendo más apropiada la despenalización de estos daños habida cuenta del carácter del Derecho penal como *última ratio* en la defensa del ordenamiento jurídico⁴⁷².

(3).- Adicionalmente, la doctrina científica ha recurrido a razones y argumentos complementarios que justifiquen la exigencia de previa interposición de denuncia para su persecución. Así, v. gr., al principio de mínima intervención algunos autores han añadido, también, la escasa entidad del delito en la gran mayoría de los casos⁴⁷³. Adicionalmente, otros autores sostienen que el fundamento que podría haber motivado optar por la (cuasi) despenalización de este tipo de delitos podría radicar en la dificultad de determinar el límite entre el ilícito civil y el penal⁴⁷⁴.

No obstante, algunos de estos razonamientos resultan, en nuestra opinión, de difícil encaje. De entrada, y por lo que respecta a la irrelevancia, o mejor dicho, escasa entidad del perjuicio ocasionado, es más que probable que por ese motivo se optó por

⁴⁷² En este sentido, vid. SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Los delitos de daños*, op. cit., pág. 307 y 380, que frente a otras opiniones doctrinales que abogaban por el mantenimiento de este tipo de conductas en el Código penal, por entender que la vía penal es la más rápida y segura para obtener una indemnización por daños y perjuicios, opina que dichos inconvenientes podrían obviarse en sede civil introduciendo un tipo especial de proceso, simplificado y rápido en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y lo que es más, si lo que se pretendía era reducir o, mejor dicho, suavizar su punibilidad, pero sin despenalizar totalmente los daños imprudentes, quizás hubiera sido más recomendable reconducirlos a la categoría de faltas, siempre que mediare imprudencia grave con infracción de reglamentos, perseguibles a instancia de parte; de esta forma se podrían conservar todas las garantías propias de un procedimiento penal, frente a los principios menos rigurosos del juicio civil verbal.

⁴⁷³ Vid. GIMENO SENDRA, V. *La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Diario La Ley, N.º 5619, 25 de septiembre de 2002, año XXIII, Ref. D-207, pág. 1705, Tomo 5; dentro del campo de las medidas sustantivas de agilización de la justicia penal, merece destacarse la Ley Orgánica 3/1989 de *descriminalización* de determinadas infracciones leves que, al convertir, sobre todo, los delitos y faltas culposos con resultado de daños en meros ilícitos administrativos, sancionables al amparo de la Ley 339/1990 de seguridad vial, contribuyeron notablemente a descongestionar la actividad de los Juzgados de Instrucción, si bien incrementaron notablemente la carga de trabajo de los Juzgados contencioso-administrativos, a la par que obligaron al ciudadano a abrir dos frentes contenciosos: el civil (juicio verbal) para obtener la reparación del daño y el contencioso-administrativo para impugnar la sanción. En esta misma política legislativa de descongestión de la justicia penal cabe encuadrar también el *incremento de delitos semipúblicos* efectuado por el nuevo Código Penal de 1995 (así, los nuevos arts. 191, 228, 215.1, 267, 287, 201.1, 162.2, 620.2.II, 621.6, 624) y, de entre ellos, el de daños (art. 267.2), que, al condicionar el ejercicio de la acción penal a la previa denuncia del ofendido, ha contribuido a evitar la entrada en los Juzgados de Instrucción de estos “delitos bagatela”.

⁴⁷⁴ GARCÍA-PABLOS, A. *Introducción al Derecho penal*, op. cit., pág. 59.

despenalizar los daños inferiores a 80.000 €. No obstante, teniendo en cuenta que nuestro Código penal impone límites pecuniarios muy inferiores a otros delitos de idéntica naturaleza patrimonial para diferenciar el delito de la falta, que no para limitar su perseguibilidad – v. gr., en los hurtos, estafas, apropiaciones indebidas, etc. donde el límite que se suele utilizar es el de 400 € –, hace difícil pensar que la exigencia de denuncia sólo en este caso pueda justificarse en la irrelevancia del perjuicio ocasionado.

(4).- Por último, resulta aplicable la Disposición adicional 3ª del Código penal⁴⁷⁵, conforme a la cual, y en virtud del principio de economía procesal, de continencia de la causa y de protección de la víctima⁴⁷⁶, en los procesos por delitos imprudentes, podrán personarse en la causa todos los ofendidos sea cual fuere el importe al que ascienda el daño sufrido y derivado del delito.

Indudablemente, es ésta una medida adoptada por el legislador que, además de facilitar la labor de las víctimas, posibilitando el resarcimiento del daño mediante la incorporación a un procedimiento ya iniciado, se encuentra estrechamente relacionada con la descongestión de los Tribunales que buscaba la reforma despenalizadora a la que hacía referencia la tantas veces repetida reforma de 1989. Y es que si efectivamente una de las finalidades últimas de la limitación de la persecución de estos ilícitos – bien mediante la limitación de la cuantía del perjuicio, bien mediante la imposición de una condición de privacidad –, era precisamente la reducción del número de procedimientos penales por estos hechos, permitir que la víctima se pueda incorporar a uno ya abierto, pese a haber sufrido un perjuicio inferior, no parece aumentar en exceso la carga de trabajo de ese concreto Juzgado.

⁴⁷⁵ Disposición Adicional 3ª: “Cuando mediando denuncia o reclamación del perjudicado, se incoe un procedimiento penal por hechos constitutivos de infracciones previstas y penadas en los artículos 267 y 621 del presente Código, podrán comparecer en las diligencias penales que se incoen y mostrarse parte todos aquellos otros implicados en los mismos hechos que se consideren perjudicados, cualquiera que sea la cuantía de los daños que reclamen.”

⁴⁷⁶ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español. Parte Especial*, op. cit., pág. 603, que alaba lo dispuesto en dicha disposición; así como el mantenimiento de las Disposiciones Adicionales 2ª y 3ª de la LO 3/1989 –derogada en todo menos estas dos preceptos por la Disposición Única 1.a) del Código penal vigente–, que hacen referencia a los juicios civiles motivados por accidentes de circulación y a alguna de sus peculiaridades procesales.

§ IX. 4. - Conclusiones

(1).- Los delitos de daños están sancionados por nuestros códigos penales desde antiguo, si bien no siempre en su modalidad imprudente, y nunca, hasta el año 1989, sometidos a ningún tipo de condición de perseguibilidad. La acreditada voluntad despenalizadora de la LO 3/1989, de 21 de junio, fue la que propició la exclusión del Código penal de determinadas faltas de daños, así como la limitación de la perseguibilidad de los daños cometidos por imprudencia a través de la revisión del art. 563 del Código penal de 1973, en base a la aplicación del principio de mínima intervención.

(2).- Aun cuando la propiedad es un bien jurídico de carácter personal y plenamente disponible por su titular, el carácter semiprivado de estos delitos descansa, conforme a la citada LO 3/1989, en los principios de mínima intervención y de oportunidad procesal. Sin embargo, tal y como hemos venido defendiendo hasta ahora, no es posible justificar la *privacidad* de ningún delito simplemente sobre la base tales principios, por lo que la exigencia aquí de denuncia particular para perseguir los daños imprudentes carece de fundamento.

Adicionalmente, existen otros argumentos que refuerzan aún más la imposibilidad dotar este tratamiento a estos ilícitos. Si la perseguibilidad privada de un determinado delito contra el patrimonio pretende basarse únicamente en razones de oportunidad y mínima intervención, lo mismo podría alegarse para extender ese mismo tratamiento a aquellos delitos que, aun no cometiéndose de forma imprudente, igualmente se acerquen a la cuantía mínima exigible en el tipo, que suele situarse en los 400 €. De lo contrario, nos encontraríamos ante un tratamiento absolutamente arbitrario de unos ilícitos frente a otros.

Especialmente paradójico resulta el hecho de que, amparado en dichos principios, el Código penal admita la perseguibilidad privada del delito de daños imprudentes, pero no de la falta del art. 625, de menor entidad pese a admitir la comisión dolosa. Y lo mismo podríamos decir del resto de faltas contra el patrimonio reguladas en los arts. 623 y ss. Si los principios de intervención mínima y oportunidad fueron los que, supuestamente, recomendaron la perseguibilidad privada de aquellos delitos

patrimoniales, con mayor motivo debiera de haberse admitido, cuando menos, ese mismo tratamiento para las faltas menos graves.

Por todo ello, hubiera sido más acertado empezar por retomar las importantes discusiones doctrinales, acerca de si los delitos de daños admiten su realización imprudente, por comisión o por omisión, procediendo en consecuencia a despenalizar este tipo delictivo, reconvirtiéndolo en un mero ilícito civil.

CAPÍTULO X. - FALTAS PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE

§ X. 1. - Introducción

(1).- El condicionamiento de la perseguibilidad de sólo algunas faltas, mediante la exigencia de previa interposición de denuncia, hace que podamos hacer una distinción entre públicas y semiprivadas, similar a la de los delitos. Como ya hemos apuntado al inicio de este trabajo, estas últimas serán perseguibles sólo por el agraviado y, con las salvedades a las que nos referiremos *infra*, con una discutida intervención del Ministerio Público al no ser citado en el transcurso del procedimiento⁴⁷⁷. No obstante, estas faltas podrán ser perseguibles también a instancias del Fiscal en aquellos casos en que el agraviado fuere menor de edad, incapaz o persona desvalida *ex art.* 639. Conforme a dicho precepto, párrafo tercero, el perdón del ofendido extinguirá siempre la acción penal o la pena impuesta.

Por otro lado, el art. 639, párrafo segundo, admite otra excepción a la norma general consistente en la práctica de diligencias de prevención en casos de ausencia de denuncia en las faltas perseguibles a instancia de parte. Por tales diligencias de prevención habrá que entender aquéllas cuya ausencia de práctica pueda ocasionar la desaparición de vestigios, o que de no cumplimentarse, pueda imposibilitar la posterior averiguación de los hechos; a dicha actuación cabría añadir la de advertir a los propios perjudicados

⁴⁷⁷ Vid. en este sentido art. 964.3 LECrim.: “Las citaciones se harán al Ministerio Fiscal, salvo que la falta fuere perseguible sólo a instancia de parte, al querellante o denunciante, si lo hubiere, al denunciado y a los testigos y peritos que puedan dar razón de los hechos. Al practicar las citaciones, se apercibirá a las personas citadas de las respectivas consecuencias de no comparecer ante el Juzgado de guardia, se les informará que podrá celebrarse el juicio aunque no asistan, y se les indicará que han de comparecer con los medios de prueba de que intenten valerse. Asimismo, se practicarán con el denunciado las actuaciones señaladas en el apartado 2 del artículo 962.”; art. 966 LECrim.: “Las citaciones para la celebración del juicio de faltas previsto en el artículo anterior se harán al Ministerio Fiscal, salvo en los supuestos a que se refiere el apartado 2 del artículo 969, al querellante o denunciante, si lo hubiere, al denunciado y a los testigos y peritos que puedan dar razón de los hechos.”; art. 969.2: “El Fiscal asistirá a los juicios sobre faltas siempre que a ellos sea citado. Sin embargo, el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los Fiscales podrían dejar de asistir al juicio, cuando la persecución de la falta exija la denuncia del ofendido o perjudicado. En esos casos, la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados tendrá valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena.”. En relación con dicho último precepto, vid. además, entre otras, Instrucciones FGE nº 6/92 y 3/06. A favor de la participación del Ministerio Fiscal, vid. ESTÉVEZ, Á./ARROYO, Mª C./GANZENMÜLLER, C./ESCUADERO, J. F./FRIGOLA J. *Las faltas*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 232, para quienes en el Código penal de 1995 han desaparecido las faltas privadas.

sobre su derecho a denunciar⁴⁷⁸ y de las consecuencias de no hacerlo. Sin duda alguna, es ésta una práctica que bien podría haberse extendido a todos los delitos sometidos a este tipo de requisitos, básicamente, por ser tipos delictivos de mayor gravedad en los que el legislador debiera de tener más celo en perseguir y sancionar.

(2).- Son múltiples las faltas sometidas a algún tipo de requisito de perseguibilidad en nuestro Código penal, muchas de ellas con escasos vínculos en común. De hecho, estas faltas son extremadamente variadas, tanto desde el punto de vista del injusto, pues admiten supuestos tanto dolosos como imprudentes – graves y leves –, como del de los bienes jurídicos protegidos, que van desde algunos ya estudiados como el honor para las faltas de injurias leves, a otros tan dispares como la libertad individual en las faltas de amenazas o coacciones, la dignidad o la integridad moral en las vejaciones, la integridad física en las faltas de lesiones imprudentes, la vida humana en las faltas de imprudencia leve con resultado de muerte, o el patrimonio en la falta de alteración de términos o lindes.

Esta disparidad da lugar, por otro lado, a contracciones difícilmente explicables, pues mientras de un lado existe un tratamiento absolutamente congruente en las faltas contra el honor, donde tras exigir algún requisito de perseguibilidad en el delito, ahora se hace lo propio con las faltas, en otros ilícitos no es posible hallar tal correlación. Es el caso del incumplimiento de obligaciones familiares, donde mientras para el delito sí es exigible la previa interposición de denuncia de la persona agraviada, la falta admite en cambio la persecución de oficio; algo parecido sucede con los daños, si bien con el matiz ya apuntado de que, mientras el delito sanciona la comisión imprudente, la falta persigue únicamente la comisión dolosa. En sentido contrario, destaca también la alteración de lindes, donde mientras el delito tiene un tratamiento claramente público, la falta exige interposición de denuncia.

Por otro lado, a la vista de la pluralidad de bienes jurídicos protegidos, carece por completo de sentido entrar aquí en el análisis detallado de los mismos, pues parece claro que ninguno de ellos puede justificar, *per se*, el sometimiento de ninguna de las referidas faltas a la previa exigencia denuncia. Ni siquiera es posible apelar a la menor

⁴⁷⁸ ESTÉVEZ, Á./ARROYO, Mª C./GANZENMÜLLER, C./ESCUDERO, J. F./FRIGOLA J. *Las faltas*, op. cit., pág. 231.

lesividad de este tipo de faltas, pues mientras aquí se han visto afectadas faltas que buscan la protección de intereses capitales como lo son la integridad física, la dignidad o la propia vida, ni la reforma de 1989 ni el Código penal de 1995 que instauraron la persecución privada por vez primera respecto de determinadas faltas, estimaron oportuno hacer lo mismo con otras mucho menos importantes, como sucede con otras faltas contra el patrimonio como los hurtos por importe inferior a 400 € o la ya citadas faltas de daños culposos o incumplimiento de obligaciones familiares.

§ X. 2. - Privatización de algunas faltas como antesala a su despenalización

(1).- La exigencia de previa interposición de denuncia en las faltas semiprivadas viene determinada, en parecido sentido a lo que ocurriera con el delito de daños imprudentes referido anteriormente, por la reforma despenalizadora de 1989⁴⁷⁹. Dicha modificación propició que algunas de las faltas contempladas hasta entonces en el Código penal de 1973 dejaran de ser perseguibles de oficio, condicionando su persecución a la iniciativa privada⁴⁸⁰, acordando además la despenalización de otras tantas de menor entidad.

Hasta entonces, la única falta que tradicionalmente tenía restringida su perseguibilidad era la de injurias livianas del art. 586.1º CP 1973, que admitía además la extinción de la responsabilidad una vez otorgado el perdón del ofendido⁴⁸¹. Excepción ésta extendida a su vez, en virtud de la original redacción párrafo segundo del art. 104 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, a las faltas consistentes en el anuncio por medio de la imprenta de hechos falsos o relativos a la vida privada con el que se perjudique u ofenda a particulares, en malos tratamientos inferidos por los maridos a sus mujeres, en desobediencia o malos tratos de éstas para con aquéllos, en faltas de respeto y sumisión de los hijos respecto de sus padres, o de los pupilos respecto de sus tutores y en injurias

⁴⁷⁹ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español. Parte Especial*, op. cit., pág. 603, que entiende además que la exigencia del requisito de procedibilidad “pone bien de manifiesto la levedad –e inutilidad– de mantener una infracción de esta índole”.

⁴⁸⁰ AYO FERNÁNDEZ, M. *Las Faltas en el Código Penal y el Juicio de Faltas*, 6ª Ed., Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 39.

⁴⁸¹ Art. 586 CP 1973 (redacción original): “Serán castigados con multa superior a 250 e inferior a 5.000 pesetas y reprensión privada:

1º Los que injuriaren livianamente a otro de palabra o de obra, si reclamare el ofendido, cuyo perdón extinguirá la pena (...)”.

leves⁴⁸². Dicho precepto sería posteriormente modificado, por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de julio, de modificación del Código penal, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el sentido de eliminar la referida referencia a los malos tratos que a su vez venía contemplada en el art. 582.2 del Código penal de 1973⁴⁸³, si bien de forma ciertamente problemática dadas diferencias entre ambos textos⁴⁸⁴.

Sin embargo, tras la LO 3/1989, este requisito de perseguibilidad fue extendido también a la falta de denegación de auxilio a particular – art. 586.2 CP 1973 –; la falta de injurias livianas por escrito y con publicidad – art. 586.1 CP 1973, en relación con el art. 4 de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona de 26 de diciembre de 1978 –; la falta de imprudencia con resultado de muerte o lesiones – art. 586 bis –; la falta de alteración de términos o lindes y la distracción del curso de las aguas – art. 589 CP 1973 –; la falta de entrada no autorizada en heredad ajena, murada o cercada – art. 590 CP 1973 –; la falta de entrada de ganado no autorizada, también en heredad ajena o falta de pastoreo abusivo – art. 594 CP 1973 –; y la falta de daños imprudentes con infracción de los reglamentos, por importe superior a la cuantía del seguro obligatorio – art. 600 CP 1973 –.

⁴⁸² Art. 104 LECrim. (redacción original): “Las acciones penales que nacen de los delitos de estupro, calumnia e injuria, tampoco podrán ser ejercitadas por otras personas, ni en manera distinta que las prescritas en los respectivos artículos del Código Penal”.

Las faltas consistentes en el anuncio por medio de la imprenta de hechos falsos o relativos a la vida privada con el que se perjudique u ofenda a particulares, en malos tratamientos inferidos por los maridos a sus mujeres, en desobediencia o malos tratos de éstas para con aquéllos, en faltas de respeto y sumisión de los hijos respecto de sus padres, o de los pupilos respecto de sus tutores y en injurias leves, sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o por sus legítimos representantes”.

⁴⁸³ Es de destacar también que la LO 14/1990, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al actual art. 620, matizaba la perseguibilidad privada admitida hasta entonces en estas faltas en el siguiente sentido: “Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.”

⁴⁸⁴ Art. 104.2º LECrim.: “Las faltas consistentes en el anuncio por medio de la imprenta de hechos falsos o relativos a la vida privada, con el que se perjudique u ofenda a particulares, y en injurias leves sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o por sus legítimos representantes.”; Art. 582.2º CP 1973 (versión tras la reforma de la LO 3/1989): “El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25.000 a 100.000 pesetas. Cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores, la pena será la de arresto menor en toda su extensión.”

Ahora bien, el tratamiento que se dio a todas las faltas en cuanto a la exigencia de denuncia para poder perseguirlas no fue unánime, utilizando, según el tipo de falta, el término “si reclamase el ofendido” – art. 586.1 y .2 CP 1973 –, “previa denuncia del ofendido” – art. 585 CP 1973 –, o “mediante denuncia del perjudicado” – art. 600 CP 1973 –. Esta disparidad de términos, desafortunadamente, ha sido mantenida en el Código penal vigente, pues mientras los arts. 620 y 621 exigen “denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”, la falta contra el patrimonio de art. 624 requiere sin embargo que “medie denuncia del perjudicado”, mientras en la disposición general del art. 639 se refiere a las “faltas perseguibles a instancias de la persona agraviada”, equiparando, incorrectamente, ambos términos. Yendo aún más allá, la Disposición Adicional 3ª reza “cuando mediando denuncia o reclamación del perjudicado, se incoe un procedimiento penal por hechos constitutivos de infracciones previstas y penadas en los art. 621 y 267”, igualando no sólo los términos perjudicado y ofendido, sino también denuncia y reclamación, con lo que la confusión terminológica parece ser absoluta cuando las diferencias semánticas son evidentes.

Incluso, a la vista de la redacción del referido art. 639, parece que el legislador no ha tenido tampoco en cuenta la polémica doctrinal sobre si en esta clase de infracciones la denuncia opera como condición de perseguibilidad⁴⁸⁵ o como condición objetiva de punibilidad, al otorgar idénticos efectos al perdón o renuncia de la acción, así como al perdón de la pena⁴⁸⁶.

(2).- De forma paralela a esta paulatina despenalización de las faltas, bien mediante su supresión en los Códigos penales de 1973 y 1995, bien mediante la exigencia de denuncia del agraviado para su persecución, otras reformas legislativas han propiciado a su vez una menor implicación del Ministerio Fiscal en la persecución de estos ilícitos.

En primer lugar, la reforma despenalizadora de 1989, dadas las dudas que suscitaba en cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal, dio lugar a la Instrucción 2/1990 dictada por el Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ante la consulta planteada por el Fiscal de Huelva tras no haber sido citado el Ministerio Público a un juicio de

⁴⁸⁵ Vid. SAP Barcelona, de 21 de junio de 2006.

⁴⁸⁶ JAVATO MARTÍN, M. *Comentarios al Código penal* (Dir. GÓMEZ TOMILLO, M.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 2121.

faltas de los arts. 586 bis y 600 del antiguo Código penal, por entender el Juzgado que no estaba legitimado por ser una falta perseguible sólo a instancias del ofendido o perjudicado, no teniendo por tanto capacidad el Fiscal conforme a los arts. 962 y 963 LECrim.⁴⁸⁷. A la vista de la cuestión, la antedicha Instrucción resolvió que, si bien las faltas contra el honor ostentaban la condición de *privadas* al exigirse querella (sic) del ofendido, en el resto de los casos únicamente se estaría ante faltas *semipúblicas* por exigirse denuncia del ofendido. Y ello, por entender que una cosa es la exigencia de denuncia, y otra bien distinta la obligación del denunciante a personarse luego con dirección letrada, correspondiendo por tanto al Estado la obligación y responsabilidad de sostener la acusación en tanto garante del derecho a la tutela judicial efectiva del perjudicado en su vertiente al principio acusatorio y a la prohibición de indefensión. Por esta razón, entendía el Ministerio Fiscal la necesidad de ser llamado a estos juicios verbales de faltas y, en su defecto, interponer cuantos recursos procesales se entendiesen necesarios en orden a subsanar dicho vicio procesal.

Por otro lado, tras la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de juicios de faltas de la LO 10/92, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, de 30 de abril, y en especial tras la nueva redacción del art. 969⁴⁸⁸, la forma de ejercitar la acusación por la Fiscalía sufrió importantes modificaciones. En efecto, a partir de dicho momento se abría la posibilidad de inasistencia del Ministerio Público cuando (a) la persecución de la falta exigiera denuncia del ofendido perjudicado, y (b) se contase con la autorización por una instrucción de la Fiscalía General del Estado atendiendo al “interés público”. Esta posibilidad, que fue objeto en su momento duras críticas por atentar contra el principio acusatorio⁴⁸⁹, inspiraría la Instrucción del Fiscal General del

⁴⁸⁷ Vid. Instrucción nº 2/1990, de 8 de marzo, dictada por el Fiscal del TSJ de Andalucía, sobre la Intervención del ministerio Fiscal en los juicios de faltas que se persiguen previa denuncia del ofendido o perjudicado.

⁴⁸⁸ Art. 969.2: “El fiscal asistirá a los juicios sobre faltas siempre que a ellos sea citado con arreglo al art. 962. Sin embargo, el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los Fiscales podrían dejar de asistir al juicio, cuando la persecución de la falta exija la denuncia del ofendido o perjudicado. En estos casos, la denuncia tendrá valor de acusación, sin perjuicio de entender, si el denunciante no califica el hecho denunciado o no señala la pena con que deba ser castigado, que remite ambos extremos al criterio del Juez, salvo que el Fiscal formule por escrito sus pretensiones.” Este artículo sería posteriormente modificado por la Ley 38/2002, de 24 de octubre en el sentido antes apuntado.

⁴⁸⁹ Vid., entre otros, CHOCLAN MONTALVO, J.A. *La intervención facultativa del Ministerio Fiscal en el juicio de faltas semipúblicas*, op. cit. Vid. también STC 56/1994, de 24 de febrero, que entre otras, se pronunciaba a favor de la constitucionalidad de este precepto, si bien con el voto particular discrepante del Magistrado GIMENO SENDRA (al que se adhirieron GRACÍA MON y GONZÁLEZ-REGUERAR, RODRÍGUEZ BEREJO y GONZÁLEZ CAMPOS).

Estado 6/92, de 22 de septiembre, tras un profuso análisis de los supuestos en los que efectivamente podría resultar admisible esa ausencia como manifestación del principio de oportunidad y de la necesidad de confiar al Fiscal amplias facultades de disposición del proceso.

A raíz de dicha modificación, pareció aclararse la potestad del Fiscal para participar en los juicios de faltas sometidas a condición de perseguibilidad, si bien sometiéndolo a su propio criterio.

(3).- En cualquier caso, de lo que no cabe duda es que, como ya anticipáramos al tratar los daños imprudentes, la reforma de 1989 ha dado lugar a una paulatina despenalización de las faltas, que sería continuada por Código penal de 1995, y que parece querer culminarse con la nueva reforma actualmente en tramitación⁴⁹⁰.

En efecto, si hasta ahora hemos podido observar cómo el legislador ha mostrado un paulatino desinterés en la persecución de este tipo de ilícitos, el actual Proyecto de Reforma del Código Penal⁴⁹¹, siguiendo las recomendaciones de operadores jurídicos como la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial, aboga por la supresión de las infracciones penales constitutivas de falta, habida cuenta de (i) la “notoria desproporción que existe entre los bienes jurídicos que protegen y la inversión en tiempo y medios que requiere su enjuiciamiento”; y (ii) la inexistencia en la actualidad suficientes razones política criminal que justifique su penalización; la distorsión en la comparativa con el Derecho administrativo sancionador, en ocasiones mucho más contundente a la hora de castigar determinadas conductas. Tal despenalización, entiende la Exposición de Motivos, introduciría cierta coherencia al sistema sancionador en su conjunto, al derivar determinadas conductas a órdenes que serían mucho más propios, como sucede con el caso de las faltas contra las relaciones familiares, cuya respuesta es más apropiada dentro del Derecho de familia. Para aquellas infracciones merecedoras de reproche punitivo, se reconducirían a la categoría

⁴⁹⁰ Cabe señalar, no obstante, que algunas reformas han introducido nuevas modalidades de faltas. Es el caso de la LO 10/2010, de 22 de junio, que incorporó la falta contra la propiedad e industrial relativa a los hechos descritos en los arts. 270.1 y 274.2 cuando el beneficio no superase los 400 € – art. 623.5 –.

⁴⁹¹[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FM T=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-66-1.CODI.%29#\(Pág.ina1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FM T=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-66-1.CODI.%29#(Pág.ina1)), consultado el 8 de octubre de 2013.

de *delitos leves*, castigados con penas de multa. La reforma afecta además al actual régimen de perseguibilidad privada de estos ilícitos, del siguiente modo:

- (i) En cuanto a las faltas de lesiones, los atentados de menor gravedad en atención al medio empleado y resultado producido pasan a sancionarse en el subtipo atenuado del art. 147.2. Conforme a la exposición de motivos, y en atención a la escasa gravedad de estos ilícitos, estos delitos “menores” pasan a exigir requisito de perseguibilidad conforme al art. 147.4, pudiendo investigarse y sancionarse únicamente previa “denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”. Por el contrario, los homicidios por imprudencia leve son reconducidos a la vía civil.
- (ii) Las faltas de abandono de los arts. 618.1 y 619 también se suprimen, así como la denegación de asistencia a personas desvalidas de edad avanzada, pudiendo perseguirse los supuestos más graves por el delito de omisión de socorro. Tal circunstancia conlleva, obviamente, la despenalización también de la falta de abandono de familia del art. 618.2 y 622.
- (iii) Las amenazas y coacciones de carácter leve pasan a sancionarse como subtipo atenuado en cada respectivo delito, manteniéndose la exigencia de su persecución únicamente a instancia de parte. Las injurias leves y vejaciones injustas quedan al margen sin embargo del ámbito penal “por tratarse de ofensas de carácter privado cuya reparación puede exigirse en la vía jurisdiccional civil o mediante actos de conciliación”.
- (iv) La derogación de las faltas contra el patrimonio, pasando a subtipos atenuados los correspondientes delitos de referencia, para sancionar aquellas conductas puedan ser consideradas delictivas pero de “escasa gravedad”; consecuentemente, la reforma elimina el tradicional criterio de los cuatrocientos euros para delimitar delitos y faltas, si bien evita que los tipos atenuados sean aplicables a los supuestos de gravedad objetiva, estableciendo un nuevo límite de mil euros, o en supuestos de habitualidad, profesionalidad o actuación de banda organizada. Como consecuencia de todo ello, se elimina la falta de alteración de términos, lindes y heredades con perjuicios inferiores a cuatrocientos euros, que una vez más pasan a sancionarse como subtipo atenuado, aunque sin exigirse denuncia o querella privadas para su persecución.

Consecuentemente, parece claro que, pese al mantenimiento de determinados requisitos de perseguibilidad en este tipo de delitos menores, existe una voluntad clara del *ius puniendi* de limitar, o incluso evitar, la intervención penal en aquellos casos cuya relevancia social sea verdaderamente mínima. Tal afirmación, la corroboran además las reformas procesales aprobadas en paralelo, que en el mismo sentido reflejan un evidente desinterés del legislador en este tipo de ilícitos al permitir la inasistencia del Fiscal en las faltas semipúblicas.

§ X. 3. - *Injustificada perseguibilidad privada de las faltas*

(1).- Tradicionalmente, la doctrina viene sosteniendo que la exigencia de este requisito en las faltas descansa en razones genéricas tales como la escasa entidad de la lesión o, una vez más, de oportunidad y utilidad en aras descongestionar a los Juzgados y Tribunales, en la medida de lo posible, de asuntos de escaso interés general.

Nuevamente, a la hora de justificar la exigencia de denuncia en las faltas que aquí nos ocupan, resulta especialmente ilustrativo el ya citado Preámbulo de la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal. Según el mismo, la referida modificación, que conllevó la eliminación de casi la mitad de las faltas sancionadas hasta la fecha, y que también supuso el sometimiento de otras tantas a la previa interposición de denuncia privada, trae causa, en primer lugar y de forma esencial, en el principio de intervención mínima, por ser uno de los principios en los que descansa el Derecho penal moderno, aunque también por la escasa importancia de los bienes jurídicos en juego. Adicionalmente, para justificar esta medida, si bien de forma más residual, el legislador esgrimió otros argumentos como son las múltiples opiniones doctrinales y jurisprudenciales que venían denunciando la excesiva amplitud de las faltas contempladas en el antiguo Código penal – muchas de ellas carentes de sentido, bien por haber desaparecido su razón de ser, bien por encontrarse eficazmente sancionadas en el Derecho administrativo o en el civil –, y la sobrecarga que implica hacia los Tribunales, que no merece tal dispendio de esfuerzos de los poderes públicos para resolver problemas de tan escasa entidad.

Dado que ésta fue la primera gran reforma llevada a cabo en este sentido, así como que la misma fue asumida en gran medida por Código penal vigente, parece claro que los argumentos que sirvieron de base para la *privatización* de muchas de las faltas allí contempladas, cuando menos, debieron ser bastante parecidos a los que llevaron más tarde al legislador al mantenimiento de la exigencia de denuncia privada para determinadas faltas a partir de 1995, cuando no los mismos. Ahora bien, vistas las inevitables tensiones que produce la exigencia de previa interposición de denuncia, cuando lo comparamos con el resto de faltas, nuevamente parece claro que hubiera sido mucho más deseable contemplarlos directamente como meros ilícitos administrativos o permitiendo las correspondientes indemnizaciones únicamente en el orden jurisdiccional civil. Tal circunstancia parece haberla entendido así además el propio legislador recientemente, a tenor de lo dispuesto por el ya citado Proyecto de Reforma del Código penal.

Así las cosas, no podemos sino postularnos abiertamente en contra de la perseguibilidad privada de estas faltas, al igual que sucedía con los daños imprudentes, tanto por no poder apoyarse sobre los reiterados principios de mínima intervención y oportunidad⁴⁹², como por las distorsiones existentes entre el resto de las faltas. Desde un punto de vista *extrasistemático* – por la incoherencia, en general, de la tradicional división entre delitos y faltas –, parece clara la necesidad de despenalizar todo el Libro III del Código penal, tal y como todo apunta que acabará sucediendo más pronto que tarde. Sin embargo, a los efectos que aquí nos ocupan, quizás sea más interesante detenernos en la crítica *intrasistemática* de estos ilícitos, a la vista de la falta de coherencia que otorga este especial tratamiento a unas faltas frente a otras.

(2).- En efecto, en el caso concreto de las faltas, las incoherencias podemos apreciarlas además en distintos ámbitos. En primer lugar, porque como ya hemos anticipado, mientras algunos delitos exigen denuncia para poder perseguirlos, inexplicablemente no existe tal tratamiento unitario en cuanto a las faltas que sancionan la misma conducta; en otros casos, porque mientras el delito en cuestión impone una condición de

⁴⁹² Vid. TRILLO NAVARRO, J. *Criminalidad bagatela: descriminalización garantista*, La Ley Penal, nº 51, Sección Estudios, julio 2008, quien entiende que la aplicación del principio de oportunidad en las faltas resulta contrario al principio de legalidad, razón por la cual se postula a favor de la derogación del Libro III del Código penal.

perseguibilidad verdaderamente *privada*, las faltas admiten excepciones que las dotan de una mayor carga de *publicidad*; o, incluso, porque las excepciones que presenta ese mismo requisito de perseguibilidad son directamente inaplicables. Veamos algunos ejemplos verdaderamente ilustrativos.

De un lado, estas las incongruencias resultan sencillamente insostenibles en relación con el ya referido delito de abandono de familia, que está condicionado a la previa interposición de denuncia *ex art.* 228, pero no así la falta de incumplimiento de obligaciones familiares – *art.* 618. – introducida por la reforma operada tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Y ello, a pesar de que en la propia exposición de motivos se decía que “(l)os delitos de incumplimiento de obligaciones derivadas de los convenios judicialmente aprobados o resoluciones judiciales en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de los hijos se mantienen y se incorpora una falta para el caso de las conductas de ínfima gravedad, en este último caso incluyendo cualquier incumplimiento de obligaciones no sólo aquellas que tengan contenido económico”. Si, como así parece haberlo reconocido el propio legislador, la perseguibilidad privada de las faltas viene determinada por la aplicación del principio de mínima intervención del Derecho penal, no parece coherente en modo alguno que si el delito de abandono de familia aparece condicionado por dicho requisito, no ocurra lo mismo con una falta que, a mayor abundamiento, está reservado para cuestiones de ínfima gravedad⁴⁹³.

(3).- Lo anterior es igualmente extrapolable a las faltas de daños del *art.* 625, que tampoco están sometidas a tal condición pese a sí estarlo en cambio el delito de daños imprudentes del *art.* 267. Efectivamente en estas faltas (dolosas) se exige una especial intención o *animus damnandi* o *nocendi* que no concurre en el antedicho delito (imprudente), pero al igual que sucedía con este delito, si efectivamente la menor importancia de la conducta es la que justifica la perseguibilidad sólo a instancias de la víctima, no parece lógico que ésta se exija con el delito y no con la falta.

⁴⁹³ Vid. BELLO LANDROVE, F. *La familia y el Código penal español*, Montecorvo, Madrid, 1977, pág. 450, quien ya puso de manifiesto tal incongruencia en relación al párrafo 2º del *art.* 584 5º y 6º del Código penal de 1973

(4).- Por otro lado, en cuanto a la falta de injurias, dado que es la única que históricamente ha llevado siempre aparejada la exigencia de denuncia por parte del ofendido, la reforma de 1989 no supuso ningún tipo de novedad en este sentido. Asimismo, el carácter privado de los delitos contra el honor, que como ya hemos expuesto *supra* tiene una larga tradición mantenida desde el Código penal de 1848, exigiendo siempre la previa interposición de denuncia para su persecución, obliga a que las faltas que regulan ese mismo tipo de ilícitos, se encuentren también sometidas a ese mismo requisito. Es más, y como también se dijo al abordar estos delitos, el hecho de la falta por injurias busque la protección de una ofensa de menor entidad que el delito, justifica además la exigencia de mera denuncia en lugar de querella⁴⁹⁴. Desde esta perspectiva, no es posible apreciar por tanto ningún tipo de incongruencia. Ahora bien, más problemas plantea sin embargo la participación del Ministerio Fiscal aunque sólo sea por las contradicciones que existen con los delitos contra el honor en cuanto a su regulación, pues mientras el art. 215 no prevé su intervención en los procedimientos por delitos de injurias, el art. 639 sí prevé la posibilidad de denuncia por parte del Ministerio Público si la persona agraviada fuese menor de edad, incapaz o persona desvalida. Ya dijimos a la hora de abordar los criterios a tener en cuenta a la hora de clasificar los distintos delitos y faltas privados⁴⁹⁵, que las referencias sobre la legitimación del Ministerio Fiscal a intervenir en casos de menores, desvalidos e incapaces carecía de sentido en la medida en que ésta cuenta entre sus obligaciones la de defender a estos colectivos de personas, en general en todo caso. Ahora bien, si tal situación no aparecía prevista en los delitos, no tiene demasiado que sí esté incluida en supuestos de menor lesividad como son las faltas.

(5).- En cuanto a las faltas imprudentes del art. 621 del vigente código penal, para entender su carácter privativo sí puede resultar útil remontarnos a la reforma de 1989. En efecto, si bien no en todas las faltas en las que se optó por abandonar su persecución de oficio y exigir la denuncia del ofendido, el preámbulo de la LO 3/1989 sí hace algunas referencias aisladas a alguno de esos casos. Tal es el caso de la faltas imprudentes del art. 586 bis CP 1973, en las que se justifica dicha medida, literalmente,

⁴⁹⁴ En contra de esta opinión, QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español. Parte Especial*, op. cit., pág. 313, para quien dada la identidad del bien jurídico afectado, resulta procedente la interposición de querella. De hecho, entiende este autor que, de ordinario, no se interponen querellas por faltas de injurias, sino que, interpuesta la querella por delito, la sentencia judicial puede condenar únicamente por falta.

⁴⁹⁵ Vid., *ut supra*, Cap. I.2, donde abordábamos la clasificación dogmática de los delitos privados.

en que “con ello no se pretende limitar el acceso a los Tribunales de Justicia, sino evitar una actuación de éstos innecesaria por no requerida, no dándose un interés general suficiente que aconseje mantener el sistema hasta ahora vigente.”

No obstante, es insoslayable recordar la crítica efectuada *supra* sobre la desafortunada redacción de dicho precepto en el caso de faltas de homicidio por imprudencia leve, al resultar incongruente pretender que esta infracción sea perseguible sólo mediante denuncia de persona agraviada o de su representante legal cuando el agraviado no podrá interponer nunca esa denuncia por encontrarse fallecido, así como tampoco su representante por cuanto que no cabe la representación legal de fallecidos. A mayor abundamiento, parece cuando menos llamativo que legislador entienda innecesaria la intervención del *ius puniendi* en casos de homicidios imprudentes por no exigirlo así el interés general, salvo denuncia expresa del agraviado, pero que sin embargo no lo entienda así con otros supuestos mucho menos graves como, v. gr., las faltas de estafa o apropiación indebida por importes inferiores a 400 €.

(6).- Carece igualmente de justificación que la única falta contra el patrimonio sometida a condición de perseguibilidad sea la de alteración de términos, lindes y heredades del actual art. 624.1, pese a que el límite establecido en el perjuicio es el mismo que en otras faltas de esa misma naturaleza como robo, el hurto, la estafa o la apropiación indebida. No tiene sentido, además, pretender la inclusión de este ilícito menor en el Código penal, pero no la de otros atentados con otros como la distracción de aguas de uso público o privativo cuya utilidad reportara excediera 400 € – art. 247 –, la defraudación de fluido eléctrico superior a 400 € – art. 255 –, o el uso inconsentido de un terminal de comunicación que pudiera causar un perjuicio superior a 400 € – art. 256 –. Si estos tres claros ejemplos, que en especial cuando afectan a una propiedad privada no difieren mucho del de alteración de lindes, no son considerados como merecedores de reproche penal en importes inferiores a 400 €, por irrelevantes, necesariamente habría que entenderse que la penalización de la alteración de lindes por debajo de ese importe carecerá también de sentido.

(7).- Todo lo anterior, nos lleva a la conclusión de que la actual consideración privada de únicamente algunas faltas en nuestro Código penal resulta absolutamente incongruente e insostenible, lo que debería obligar al legislador a reconsiderar su

regulación o, por qué no decirlo, la despenalización de las mismas siguiendo la tendencia apuntada en el año 1989, tal y como así parece confirmar el actual Proyecto de Reforma del Código penal. Especialmente las que atentan contra el patrimonio, que a buen seguro podrían encontrar suficiente protección en los órdenes civil o administrativo⁴⁹⁶.

§ X. 4. - Conclusiones

(1).- Salvo excepciones concretas como la falta de injurias, la exigencia de previa interposición de denuncia en las faltas viene determinada, en parecido sentido a lo que ocurriera con el delito de daños imprudentes referido anteriormente, como consecuencia de la reforma despenalizadora de 1989. A partir de dicha modificación muchas de ellas dejaron de ser perseguibles de oficio, reservando su persecución a la iniciativa privada. Esa paulatina despenalización de las faltas que tendría continuidad posteriormente con la entrada en vigor del Código penal de 1995, es muy probable que termine por la completa eliminación del Libro III del Código penal, tal y como así parece desprenderse de iniciativas recientes como la del nuevo Proyecto de Reforma del Código penal actualmente en tramitación. Adicionalmente, es posible apreciar cierto desinterés del legislador en este tipo de ilícitos, al permitirse la inasistencia del Fiscal en las faltas semipúblicas.

(2).- Razones genéricas tales como la poca entidad de la lesión o, una vez más, de oportunidad en aras descongestionar de asuntos de escaso interés general, en la medida

⁴⁹⁶ Sobre la despenalización de las faltas, vid, entre otros el *Libro Blanco de la Justicia*, CGPJ, 1998, disponible desde Internet en http://www.icam.es/web3/docs/ob/libro_blanco_justicia.pdf, pág. 106 y ss. Dicha obra fue elaborada tras una amplia consulta con los principales colectivos implicados – Jueces, abogados, fiscales y otros grupos de profesionales – y aprobado por unanimidad del Consejo General del Poder Judicial y hecho público. Entra las medidas organizativas a adoptar, proponía en su apartado i): “La supresión del juicio de faltas ante la dificultad para hacer eficaces los principios constitucionales aplicables al proceso penal, en concreto el principio acusatorio, y el derecho de defensa. / Esta medida ha de comportar necesariamente la despenalización de las faltas y la supresión del Libro III del Código Penal, debiendo contemplarse como ilícitos administrativos o, en su caso, reclamarse las respectivas indemnizaciones ante el orden jurisdiccional civil. Aquellas conductas que no puedan ser objeto de despenalización, tales como las lesiones, deberán tener el mismo tratamiento procesal que los delitos menos graves. / Mientras subsista el juicio de faltas, para evitar posibles situaciones de indefensión y preservar la imparcialidad del juzgador, debería ser obligatoria la asistencia del Ministerio Fiscal a todos los juicios, salvo a los de faltas estrictamente privadas como las reguladas en el artículo 620.2 del Código Penal.”

de lo posible, los Juzgados y Tribunales, resultan insuficientes para justificar la perseguibilidad de este tipo de ilícitos a instancias del agraviado. Adicionalmente, vistas las múltiples tensiones y contradicciones – como sucede con el hecho de que, v. gr., mientras el delito de abandono de familia tenga consideración privativa – la falta sea pública que produce la exigencia de previa interposición de denuncia en relación con el resto de las faltas públicas, hubiera sido mucho más deseable optar directamente por su despenalización, contemplándolas como meros ilícitos administrativos o permitiendo las correspondientes indemnizaciones únicamente en el orden jurisdiccional civil.

CAPÍTULO XI. - DELITO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA SIN CONSENTIMIENTO

§ XI. 1. - Introducción

(1).- Una de las novedades del Código penal de 1995 fue precisamente la introducción de los Títulos IV y V del Libro II – “De las lesiones al feto” y “Delitos relativos a la manipulación genética”, respectivamente –, sin duda alguna como consecuencia de la tendencia expansionista de nuestro Derecho penal a ampliar su ámbito de influencia a nuevas formas de conducta fruto de la evolución tecnológica y social⁴⁹⁷, que por otro lado implica el establecimiento de un control, de carácter penal, al derecho a la producción y creación científica reconocido por el art. 20.1 b) de nuestra Constitución. A tal fin, el citado Título V sanciona la siguientes cinco conductas, verdaderamente dispares y sin demasiados nexos en común: (i) delito de manipulación genética – art. 159 –; (ii) delito de uso de ingeniería genética para la producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana – art. 160.1 –; (iii) delito de fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación – 160.2 –; (iv) delito de creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza – art.160.3 –; y (v) delito de reproducción asistida sin consentimiento – art. 161.1 –.

En concreto, y por lo que respecta al delito de reproducción asistida no autorizada, éste responde a la necesidad de regular la utilización de las más novedosas técnicas con fines procreativos utilizadas por la medicina y la ciencia, tales como la fecundación *in vitro*, inseminación artificial, alquiler de madres o la creación de bancos de semen o embriones. Técnicas todas ellas relativamente recientes y que hacen posible que el ser humano pueda sortear determinadas barreras y límites naturales a la procreación. Así pues, por *reproducción asistida* podemos entender como aquella técnica artificial de

⁴⁹⁷ Para algunos autores como JUDEL PRIETO A/RUIZ ALARCÓN R. *Delitos relativos a la manipulación genética*, en *Delitos contra las personas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 199, la regulación penal de este tipo de ilícitos era de hecho necesaria e inevitable, aun cuando su aplicación sea excepcional, y respondía a la preocupación del legislador al general desconocimiento de la entidad de los formidables avances de la técnica en sede genética y a la importancia evidente de los bienes e intereses en juego.

procreación humana que prescinde y sustituye el proceso natural de fecundación de la especie mediante métodos diseñados por el hombre⁴⁹⁸.

Esta evolución, además de plantear no pocos problemas de orden ético, moral o filosófico, ha obligado a nuestro ordenamiento a dotar de una específica normativa, tanto en cuanto a las conductas de los particulares, como de los investigadores en relación con la reproducción asistida, que si bien comenzó con la aprobación de determinadas leyes en el ámbito administrativo, ha culminado con su regulación en el orden penal, en lo que aquí interesa, a través de los delitos relativos a la manipulación genética.

La penalización de la conducta referida en el art. 161 era entendida como algo necesario para cubrir una laguna típica que, con anterioridad al vigente Código penal, sólo podía castigarse, si bien de forma ciertamente insuficiente, con los delitos de amenazas o coacciones, siempre que los medios utilizados fueran los propios de dichos delitos⁴⁹⁹. Sin embargo, para cierto sector doctrinal hubiera sido preferible haber optado por regular estas actividades en una ley especial, que pudiera adaptarse más fácilmente a los avances científicos⁵⁰⁰. En cualquier caso, vistos los precedentes en nuestro Código penal en los que determinados ilícitos son posteriormente completados con leyes administrativas – v. gr., como ocurre con los delitos contra la ordenación del territorio, o contra la Hacienda pública, entre otros tantos – lo cierto es que no es incompatible sancionar penalmente esta conducta de forma genérica, sin perjuicio de que posteriormente tenga que ser completada por una legislación más específica y adaptada a la realidad científica del momento.

(2).- Como decimos, es importante tener en cuenta además que el Derecho penal tiene aquí una aplicación meramente subsidiaria, como ocurre con gran parte de las conductas estudiadas en el presente trabajo, no sólo por estar reservado para castigar aquellas

⁴⁹⁸ DE LA CUESTA AGUADO, P. M. *La reproducción asistida humana sin consentimiento. Aspectos penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 22.

⁴⁹⁹ BOIX REIG, J./ANARTE BORRALLÓ, E. *Derecho penal. Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales*, Iustel, Madrid, 2010, pág. 195.

⁵⁰⁰ RODRÍGUEZ NUÑEZ, A. *Derecho Penal. Parte especial* (Coord. LAMARCA PÉREZ, C.), 5ª Ed., Colex, Madrid, 2010, pág. 91, quien reconoce además que el tiempo, vistos que los últimos avances investigadores, que en algunos casos ya están trabajando en la clonación del ser humano, parece estar dando la razón a quienes entendieron que la legislación administrativa no era lo suficientemente coercitiva en este campo.

conductas más graves, sino porque existe una legislación administrativa específica reguladora de estas actividades⁵⁰¹. No en vano, la aparición de este tipo de técnicas en la década de los 70, que abría la vía a la utilización de los más novedosos avances científicos para dar solución a los problemas de esterilidad en las parejas, dio lugar posteriormente a la aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de diciembre, sobre técnicas de reproducción asistida, reformada más tarde en profundidad con la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y finalmente por la Ley 14/2006, de 26 de mayo. Entre otras cosas, toda esta normativa regula de modo expreso la aprobación que ha de prestar la mujer que accede a someterse a este tipo de tratamientos⁵⁰², que podrá extenderse al marido, incluso, con idénticos requisitos de expresión libre, consciente e informal, para el caso de que la mujer estuviere formalmente casada⁵⁰³.

Indudablemente, esta especial regulación administrativa habrá que tenerla especialmente presente en el desarrollo del presente capítulo. No sólo por las

⁵⁰¹ Fundamentalmente, por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), y la Ley 14/2007, de 3 de julio, que regula la Investigación Biomédica (LIB). Adicionalmente, cabría citar otras tantas, más específicas, como el RD 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana, o el RD 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.

⁵⁰² En este sentido, son de destacar, entre otros, (a) el art. 3.1 de dicha Ley, que regula la información y el asesoramiento (“La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica”), y, (b) el art. 3.2, que regula de igual forma el consentimiento (“La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación.”).

⁵⁰³ Art. 6 L 14/2006: “1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

2. Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada.

3. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.”

incongruencias que puede suponer el consentimiento en el caso que se acaba de citar, pues mientras en sede administrativa el consentimiento del cónyuge tiene tanta importancia como el de la mujer, en el ámbito penal únicamente habrá que estar a este último, sino desde el punto de vista del bien jurídico protegido, que según la exposición de motivos de la citada Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, tiene por objeto, además de la aplicación de técnicas científicas y clínicas con fines reproductivos, también la aplicación de las mismas con fines de investigación o, incluso, orientadas al tratamiento de enfermedades.

Parece, por tanto, que nos encontramos ante la regulación de toda una serie de avances tecnológicos y científicos en los que los intereses en juego parecen ser verdaderamente variados. Indudablemente, todos ellos habrán de ser tenidos en cuenta a la hora de valorar, tanto de la posibilidad de que los atentados regulados en el art. 161 puedan quedar impunes de no mediar el consentimiento de la víctima, como si en su caso sería solamente la mujer la persona agraviada en caso de cometerse el delito y, por ende, la única legitimada para decidir sobre la perseguibilidad de este tipo de ilícitos.

En último lugar, de lo no cabe duda alguna es que, como veremos más adelante, el delito de reproducción asistida sin consentimiento es el que peor encaje tiene en el Título V, tanto porque, de entrada, la conducta típica nada tiene que ver con la manipulación genética, como porque, de hecho, se encuentra mucho más relacionada con otros delitos, como el ya citado de coacciones, completamente ajenos a las nuevas tecnologías, a la ingeniería genética o a la biotecnología.

§ XI. 2. – Particular perseguibilidad de la reproducción asistida sin consentimiento (dentro de los delitos contra la manipulación genética)

(1).- Tratándose de la primera vez en que el Derecho penal iba a entrar a penalizar este tipo de conductas, el legislador optó, en parecido sentido al tratamiento otorgado a los delitos societarios a los que también nos referiremos *infra*, por condicionar su perseguibilidad exigiendo la previa interposición de denuncia por parte de la persona agraviada o de su representante legal. Sin embargo, tal imposición únicamente iba a

afectar al delito previsto en el art. 161 que castigaba la reproducción asistida sin consentimiento, sin extenderla al resto de los delitos contemplados en el Título V, o incluso en el IV.

Esta decisión no fue adoptada de forma pacífica, sino que fue el resultado de la evolución de los distintos proyectos y anteproyectos de Código penal que precedieron a la redacción final del vigente de 1995. De entre todos, es insoslayable destacar el Proyecto de 1992, que aun no siendo el primero en regular este ilícito – pues el anterior Anteproyecto de 1991 ya lo preveía en su art. 167⁵⁰⁴ –, sí fue sin embargo el que, bajo la rúbrica “De la manipulación genética, de embriones y fetos humanos y de la inseminación artificial no consentida” de su Título V – arts. 167 a 170 –, por primera vez y en ese mismo art. 167, optó por condicionar su perseguibilidad y por admitir la extinción de la acción penal si mediare perdón del ofendido⁵⁰⁵.

Este Proyecto de 1992 es especialmente significativo, además, por ser también el primero que en su exposición de motivos justificaba la nueva regulación de estos ilícitos, aunque de forma sorprendentemente superflua, afirmando que los delitos contra la manipulación genética constituían una serie de conductas que podían llegar a sucederse en la vida real, y en los que no siendo suficiente su regulación mediante normas sanitarias, era necesaria la intervención penal. Esta iniciativa no fue bien recibida sin embargo por la doctrina científica, que la criticó duramente por entender que atentaba contra al principio de intervención mínima del Derecho penal y por las deficiencias técnico-legislativas que planteaba⁵⁰⁶.

(2).- Posteriormente, y aun cuando ni el siguiente Anteproyecto de 20 de mayo de 1994, ni tampoco en el Proyecto de 26 de septiembre de 1994, estimaron oportuno incluir esos ilícitos, relegándolos a la legislación penal especial a través de leyes administrativas,

⁵⁰⁴ Art. 167 ALOCP 1991: “Quien practicare inseminación artificial en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión y oficio, por tiempo de uno a cuatro años.”

⁵⁰⁵ Art. 167 PLOCP 1992: “Quien practicare inseminación artificial en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión y oficio, por tiempo de uno a cuatro años.

2. Para proceder por este delito, será preciso denuncia de la persona agraviada. Cuando ésta sea menor de edad, también podrá denunciar el ascendiente y el Ministerio Fiscal.

3. El perdón del ofendido no extingue la acción penal y la responsabilidad de esta clase.”

⁵⁰⁶ Vid. GARCÍA MARTÍN L./ESTRELLA ESCUCHURI, A. *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, Tirant lo Blanch, 2005, Valencia, pág. 81.

básicamente, y según su propia literalidad, porque los avances constantes de la ciencia hacían inviable una regulación en el Código penal de este tipo de aplicaciones científicas que pudiera resultar adecuada a medio plazo⁵⁰⁷, nuestro Código penal de 1995 optó sin embargo por retomar la antedicha regulación de 1992. Y ello, con algunas modificaciones, pues mientras la versión original del art. 262 contenía una redacción idéntica del párrafo primero del actual art. 161, el requisito de perseguibilidad del párrafo segundo se regulaba del siguiente modo: “Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada. Cuando ésta sea menor de edad o incapaz, también podrá denunciar el representante legal, cualquier ascendiente y el Ministerio Fiscal.”

No obstante, esta redacción dio lugar a la enmienda 315 del Grupo Parlamentario Socialista que propuso la siguiente redacción, vigente hasta la actualidad⁵⁰⁸: “Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.”⁵⁰⁹. Según la justificación ofrecida en dicha enmienda, esta nueva redacción respondía, simplemente, a la necesidad de homogeneizar el “tratamiento de los requisitos de procedibilidad de forma que en los delitos semipúblicos la iniciación del proceso penda de denuncia de persona agraviada o de su representante legal, y si ésta se tratare de un menor de edad, un incapaz o una persona desvalida la legitimación para denunciar se amplía al Ministerio Fiscal. La mención a la posibilidad de que este último denuncie no excluye la posibilidad de acción del representante legal, sino que se añade a ésta (como corresponde con arreglo al artículo 104 y 105 LECrim.). Conforme a estos preceptos y

⁵⁰⁷ Nótese a este respecto que el Anteproyecto no negaba la regulación penal de estas conductas de modo expreso, sino que optaba más bien por una regulación penal a través de leyes especiales. Literalmente, la exposición de motivos afirmaba que “aunque es innegable que un Código no merecería ese nombre si no contuviese la mayor parte de las normas penales y, desde luego los principios básicos informadores de toda regulación, lo cierto es que hay materias que difícilmente pueden introducirse en él. Pues si una pretensión relativa de universalidad es inherente a la idea de Código, también lo son las de estabilidad y fijeza, y existen ámbitos en los que, por la especial situación del resto del Ordenamiento, o por la naturaleza misma de las cosas de esa estabilidad y fijeza son imposibles. Es por ejemplo el caso de los delitos relativos a la manipulación genética. (...) el avance constante de la investigación científica hace muy difícil lograr una regulación de la que quepa decir razonablemente que va resultar adecuada a medio plazo. Por consiguiente, en esos casos, y otros parecidos, se ha optado por remitir a las correspondientes leyes especiales la regulación penal de las respectivas materias”.

⁵⁰⁸ En la redacción inicial, el art. del Código penal donde se regulaba esta conducta era el 162, si bien tras la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, paso a integrar el art. 161 sin ningún tipo de modificación adicional.

⁵⁰⁹ Vid. BOCG, de 21 de septiembre de 1995, accesible desde la página web del Congreso: http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/SEN/BOCG/II/II0087C.PDF

su propio Estatuto, debe mencionarse expresamente la obligación del Ministerio Fiscal de actuar en defensa de personas desvalidas.”

El tratamiento, por tanto, que se dio a este delito desde el punto de vista de su perseguibilidad, no respondió a ningún tipo de argumento, de política criminal o de cualquier otra clase, que justificase una eventual legitimidad de un ascendiente para denunciar estos hechos, o la intervención de representantes legales o incluso del Ministerio Fiscal, o incluso la efectividad del perdón del ofendido, más allá del simple hecho de buscar cierta armonía entre la regulación del resto de los delitos semiprivados. Circunstancia ésta que, dicho sea de paso, no deja de causar cierta sorpresa si tenemos en cuenta que, como hemos visto, la regulación de estos ilícitos es verdaderamente anárquica y, si hay algo que la caracteriza, es precisamente su tratamiento desordenado y confuso.

§ XI. 3. - Disparidad de bienes jurídicos individuales y supraindividuales protegidos por el art. 161 CP

(1).- El problema que nos encontramos a la hora de determinar el bien jurídico protegido en los denominados “delitos relativos a la manipulación genética” radica precisamente en la imprecisión de dicha rúbrica⁵¹⁰. Estos ilícitos regulan conductas tan dispares que resulta verdaderamente difícil encontrar vínculos comunes, por mucho que su tipificación penal sea producto de la misma preocupación por el correcto uso de nuevas técnicas de fecundación y de manipulación de genes humanos en defensa de la

⁵¹⁰ Vid., entre otros, MORILLAS CUEVA, L. *Derecho penal español. Parte especial* (Coord. COBO DEL ROSAL, M.), Dykinson, Madrid, 2004, pág. 161, para quien de hecho, ya el término “manipulación” es lo suficientemente impreciso y etéreo como para hacer difícil su concreción. Por esta razón, propone expresiones alternativas como “intervención genética”, “experimentación genética”, “tecnología genética” o, incluso, “ingeniería genética”, si bien este último ha sido usado frecuentemente como sinónimo de “manipulación genética”. Otros autores, como BOIX REIG, J./ANARTE BORRALLA, E. *Derecho penal. Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales*, op. cit., pág. 195, cuestionan igualmente dicho título por cuanto que ninguna manipulación genética es necesaria para llevar a cabo, entre otras, la conducta relativa a reproducción asistida sin consentimiento del art. 161. Para JUDEL PRIETO A/RUIZ ALARCÓN R. *Delitos relativos a la manipulación genética*, op. cit., pág. 213 y 214, el término “manipulación genética” engloba, sin embargo, además del concepto estricto en el que efectivamente únicamente se podría encajar la conducta prevista en el art. 259, otro concepto amplio o extenso que abarca todas las técnicas de manipulación de gametos y embriones y de reproducción asistida; esta noción sería la que tendría acomodo en nuestra legislación española, tanto en leyes administrativas como en el Código penal.

propia dignidad y el futuro del ser humano⁵¹¹. Un elocuente ejemplo podemos encontrarlo los antagónicos delitos relativos a la reproducción asistida en una mujer sin consentimiento, donde de hecho no se manipulan genes⁵¹², y en los que sancionan la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras del género humano – art. 160.1 –, donde sí es necesaria dicha técnica.

A mayor abundamiento, vista la diversidad de preceptos contenidos en este capítulo, fácilmente podemos apreciar la particular forma de estos tipos penales de castigar el empleo de avances científicos y tecnológicos, aunque no sean de la misma naturaleza, tanto si lo es con fines de perpetuación de la especie – reproducción asistida –, como si lo es con propósitos opuestos – aniquilación del ser humano –. Todo ello, sin perder de vista tampoco que lo que están criminalizando estos delitos no son las referidas técnicas genéticas o de reproducción asistida como tales, sino su utilización con fines criminales y contrarios a la dignidad⁵¹³ y otros derechos del ser humano reconocidos en nuestra Constitución⁵¹⁴.

De este modo, dada la disparidad de conductas sancionadas en este apartado, y vista la imposibilidad de identificar un bien protegido común y único⁵¹⁵, parece claro que nos encontramos ante una tutela intereses individuales y colectivos de diversa índole. Entre los individuales, frecuentemente se suele recurrir a la ya aludida dignidad de la persona⁵¹⁶, el derecho a la individualidad o a la identidad genética⁵¹⁷; la vida humana; la salud – desde el punto de vista de la integridad física y psíquica –⁵¹⁸; la libertad⁵¹⁹; o,

⁵¹¹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 133 y ss.

⁵¹² Vid. HIGUERA GUIMERA, J. F. *Los delitos relativos a la manipulación genética*, La Ley, 2001, Ref. XIX, Tomo 2.

⁵¹³ SERRANO GÓMEZ A./SERRANO MAÍLLO A. *Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª Ed., Dykinson, 2010, Madrid, pág.145.

⁵¹⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 134, para quien el bien jurídico protegido podrá variar en función de cada delito. Tal es el caso del genotipo, para el art. 159; el derecho a la individualidad, a la identidad genética, o a no ser producto de un patrón genético artificial en el art. 160.3; o el propio género humano en el art. 160.1.

⁵¹⁵ PERIS RIERA, J. M. *La regulación de la manipulación genética en España (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)*, Cívitas, Madrid, 1995, Pág. 96 y ss.

⁵¹⁶ BOIX REIG, J./ANARTE BORRALLA, E. *Derecho penal. Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales*, op. cit., pág. 185. En parecido sentido, vid. RODRÍGUEZ NUÑEZ, A. *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., pág. 93, que identifica, entre los bienes colectivos, la salud humana y la integridad genética.

⁵¹⁷ GRANADOS PÉREZ, C. *Objeto material en los delitos contra las personas*, en *Delitos contra las personas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 263.

⁵¹⁸ PERIS RIERA, J. M. *La regulación de la manipulación genética en España (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)*, op. cit., pág. 100.

incluso, la intimidad en algunos casos. Dentro de los bienes jurídicos supraindividuales, podemos destacar la integridad de la especie humana y su normal desarrollo – v. gr., en relación con el art. 159 –⁵²⁰; la propia supervivencia de la especie humana⁵²¹ –v. gr., en la producción de armas biológicas y exterminadoras a que se refiere el art. 160.1 –; la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano⁵²²; el aseguramiento de la dotación genética doble y con ello de la línea genética masculina y femenina⁵²³; o la identidad del ser humano⁵²⁴.

A la vista está, por tanto, que nos encontramos ante una clara manifestación del Derecho penal moderno en el que lo que se pretende proteger son verdaderos bienes jurídicos universales, en vez de los exclusivos intereses individuales propios del Derecho penal clásico⁵²⁵.

(2).- Entrando ya en el análisis individualizado del art. 161, tampoco aquí es posible hablar de un único bien jurídico protegido, sino de varios interrelacionados. Para empezar, parece claro que lo que el tipo penal busca proteger es la libertad de la mujer, entendida como un derecho libre a la procreación⁵²⁶ como máximo exponente de su personalidad⁵²⁷, o, dicho en otras palabras, a no ser fecundada sin su consentimiento⁵²⁸.

⁵¹⁹ Vid. ALBACAR LÓPEZ, J. L. *Aspectos jurídicos de la inseminación genética: inseminación artificial*, La Ley, 1985, vol. 4, págs. 1051 a 1055, que identifica el derecho a la libertad como bien jurídico protegido en los delitos de reproducción asistida sin consentimiento.

⁵²⁰ GRANADOS PÉREZ, C. *Objeto material en los delitos contra las personas*, op. cit., pág. 263.

⁵²¹ Vid. ROMEO CASABONA, C. M^a. *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Fundación BBVA, Comares, Granada, 2002, pág. 233 y ss., quien a su vez hace referencia a la protección de valores democráticos basados en el pluralismo y en impedir el dominio de unos seres a otros. Cfr. GRANADOS PÉREZ, C. *Objeto material en los delitos contra las personas*, op. cit., pág. 263, que sin embargo habla sencillamente de la protección y seguridad de la especie humana como bien jurídico protegido en relación con el art. 160.

⁵²² HIGUERA GUIMERÁ, J. M. *El Derecho Penal y la Genética*, Trivium, Madrid, 1995, pág. 50.

⁵²³ GARCÍA MARTÍN L./ESTRELLA ESCUCHURI, A. *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pág. 85.

⁵²⁴ CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 232.

⁵²⁵ La tendencia incriminadora de atentados contra bienes jurídicos supraindividuales o universales ha sido objeto de importantes posiciones críticas, siendo su máximo exponente Hassemer. Vid al respecto, entre otros, HASSEMER, W. *Crisis y características del Derecho penal moderno*, traducida por MUÑOZ CONDE, F., Actualidad Penal, n° 43/22-28, noviembre de 1993, *passim*.

⁵²⁶ ROMEO CASABONA, C. M. *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004, pág. 323.

⁵²⁷ Así, para JUDEL PRIETO A/RUIZ ALARCÓN R. *Delitos relativos a la manipulación genética*, op. cit., pág. 218, el bien jurídico protegido en este delito sería la libre autodeterminación de la mujer.

⁵²⁸ RODRÍGUEZ NUÑEZ, A. *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., pág. 93. En parecido sentido, vid. GARCÍA MARTÍN L./ESTRELLA ESCUCHURI, A. *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pág. 151, que entiende que el bien jurídico protegido de estos delitos es el derecho de la mujer a la procreación; vid. también GRANADOS PÉREZ, C. *Objeto material en los*

Este bien jurídico protegido, como veremos más adelante, está a su vez íntimamente relacionado con otros tantos derechos individuales, como lo son la dignidad de la persona, la integridad física y moral o, incluso, la intimidad personal y familiar.

Por lo que respecta al derecho libre a la reproducción de la mujer, resulta ilustrativo acudir además al preámbulo de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que a los bienes jurídicos protegidos ya señalados añade además el *desarrollo de la sexualidad*, afirmando que “la decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual”⁵²⁹. Sin duda alguna, las particulares características de este bien objeto de tutela, junto con su carácter especialmente disponible, fueron las razones que debieron de empujar al legislador a dotar de cierta *privacidad* a este ilícito.

Ahora bien, la identificación del bien jurídico protegido no puede restringirse únicamente al derecho de procreación de la mujer⁵³⁰, pues en tal caso parecería que nos encontrásemos más ante un derecho contra dicha libertad, similar al de coacciones, que ante un derecho contra la manipulación genética⁵³¹. Máxime, teniendo cuenta que, como habíamos anticipado más arriba, los delitos relativos a la manipulación genética tienden a proteger otros intereses adicionales que van más allá de los individuales de la propia víctima.

Tradicionalmente, los sectores doctrinales más críticos con la defensa únicamente de la libertad de la mujer como bien objeto de tutela, además de alegar la contradicción que

delitos contra las personas, op. cit., pág. 263. Cfr. BENÍTEZ ORTUZAR, I. F. *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación Genética humana*, Edersa, Madrid, 1997, pág. 484, para quien el bien jurídico protegido no sería tanto la libertad de procreación como la libertad de poder someterse voluntariamente a las técnicas de reproducción asistida.

⁵²⁹ La referida LO 2/2010 se apoya además en múltiples textos internacionales, tales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979; la Plataforma de Acción de Beijing acordada en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la mujer de 1995, que reconocía que “los derechos humanos de las mujeres incluyen el derecho a tener el control y a decidir libre y responsablemente sobre su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, libre de presiones, discriminación y violencia”; o la Resolución 2001/2128 (INI), sobre salud sexual y reproductiva y los derechos asociados, aprobada por el Parlamento Europeo.

⁵³⁰ Cfr. LIBANO BERISTAIN, A. *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, op. cit., pág. 97.

⁵³¹ Vid. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 140.

supondría precisamente que los delitos contra la libertad se hayan situado a partir del Título VI, es decir, justo después de los delitos contra la manipulación genética, también suelen esgrimir que los partidarios de dicha libertad tienden a situar este ilícito en un plano muy parecido a los delitos contra la libertad sexual, al entender que el supuesto típico se limita a la utilización de este tipo de técnicas en una mujer bien por la fuerza, bien mediante engaño; sin embargo, este ilícito ofrece otro tipo de variantes claramente encaminadas a proteger otro tipo de bienes carácter supraindividual. Piénsese, entre otros, en la selección de la raza mediante técnicas de reproducción asistida, el garantizar la mayor seguridad posible en las intervenciones, controlar las actividades de investigación, asegurar unas condiciones familiares mínimas del futuro recién nacido, etc. En la medida en que el art. 161 abarca además estos comportamientos, el bien objeto de tutela estaría también estrechamente vinculado con el respeto de la dignidad, tanto de la madre como del hijo, de tal modo que el tipo no estaría protegiendo sólo el *sí* en cuanto a la posibilidad de procrear, sino además el *cómo* hacerlo, teniendo por bien jurídico protegido la no instrumentalización de la procreación humana en el ámbito de la reproducción asistida⁵³².

Adicionalmente, no podemos obviar la incongruencia en que incurrían hasta hace poco ciertos sectores doctrinales, al defender únicamente la libertad de procreación como bien jurídico protegido, cuando sin embargo resultaba que el Código penal no permitía a la mujer ampararse en el derecho al aborto genético tras haber quedado embarazada por el sometimiento no consentido a técnicas de reproducción asistida. Con la citada LO 2/2010, y en la medida en que la misma ha ampliado enormemente la capacidad de la mujer para abortar libremente, este argumento pasa necesariamente a un segundo plano. No obstante, resulta verdaderamente ilustrativo que dicha ley, si bien dota al derecho de la mujer a procrear libremente de una clara preponderancia, reconoce si embargo la existencia de otros derechos en conflicto, como lo es el hecho de que “la vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz, sin ignorar que la forma en que tal garantía se configure e instrumente estará siempre

⁵³² Vid. DE LA CUESTA AGUADO, P. M. *La reproducción asistida humana sin consentimiento. Aspectos penales*, op. cit., pág. 69 y ss. En su opinión, el art. 161 busca la protección tanto de la mujer como de su futuro hijo, estando en manos de la primera la protección de ambos intereses a través de su consentimiento. Por este motivo, la autora propone de *lege ferenda* la conveniencia de, además de modificar el título y el epígrafe, autorizar expresamente el aborto para los supuestos de embarazo sin consentimiento mediante técnicas de reproducción asistida.

intermediada por la garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada”⁵³³. Cuando hablamos de la reproducción de la mujer, salta a la vista por tanto, que si bien es clara la predominancia de algunos intereses individuales y especialmente disponibles, éstos se encuentran no obstante obligados a coexistir con otros tantos que trascienden dicho ámbito subjetivo, pudiendo citarse, de entrada, los del hijo concebido mediante este tipo de técnicas.

A mayor abundamiento, las regulaciones administrativas no restringen ni mucho menos su ámbito de actuación a la utilización de estas técnicas con fines paliativos de la esterilidad, sino que las extienden a un abanico mucho más amplio. Así lo reconoce expresamente la citada Ley 14/2006, que en su exposición de motivos venía a reconocer expresamente que, si bien la Ley 35/1988 fue la primera en regular estas conductas y con esa finalidad, inmediatamente surgió la imperiosa necesidad de reformarla a través de la siguiente Ley 45/2003 para adaptarla a, entre otras, las utilidades adicionales con que podían ser utilizadas las técnicas de reproducción asistida, como lo son los diagnósticos y la investigación. Y, dentro de la evolución imparable de la ciencia en la utilización de dichas técnicas, posteriormente se extendió la necesidad de ampliar su ámbito de actuación al desarrollo de otras complementarias como la cura de enfermedades genéticas y sin tratamiento. Posteriormente, a la vista de estos continuos avances, surgiría la necesidad adicional de reformar nuevamente esa legislación administrativa, tan sólo tres años después, a través de la vigente Ley 14/2006, que en la actualidad abarca incluso la utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados, y prohíbe la clonación del ser humano con fines reproductivos⁵³⁴.

⁵³³ Dicho reconocimiento viene avalado además, según reconoce la propia LO 2/2010, por la jurisprudencia constitucional, que si bien afirma que los no nacidos no pueden considerarse como titulares del derecho fundamental a la vida, esto no significa que no se encuentren privados de toda protección constitucional – STC 116/1999, de 17 de junio –.

⁵³⁴ Nótese a este respecto que, en la actualidad, el art. 1 de la Ley 14/2006 reconoce que el objeto de la misma es: “1. Esta Ley tiene por objeto:

- a. Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.
 - b. Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.
 - c. La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.
2. A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.
3. Se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.”

Muchas de estas técnicas se encuentran igualmente vinculadas con otros tipos penales encuadrados dentro del Título V, como los ya citados delitos de fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación – art. 160.2 – o la clonación de seres humanos – art.160.3 –. Sin embargo, la relación con el delito de reproducción asistida sin consentimiento es también clara, dado que todas estas leyes hacen referencia a las distintas técnicas reproductivas, que es precisamente lo que intenta limitar el art. 161. Es por ello que todas estas circunstancias indudablemente han de ser tenidas aquí en cuenta, pues si el espíritu de la ley administrativa que completa al art. 161 no se ciñe exclusivamente a la libertad de la mujer, la legislación penal necesariamente tendrá que tener en cuenta los otros bienes objetos de protección actualmente contemplados por la reiterada Ley 14/2006.

(3).- En suma, a la vista de lo anterior, no es posible identificar un único bien jurídico protegido. No estamos hablando tanto de negar radicalmente la libertad de la mujer como objeto de protección, sino que para ese fin hubiera sido suficiente con sancionar estas conductas a través del delito de coacciones, por entender que la conducta típica era la de compeler a la mujer a efectuar lo que ésta no quería; o, en caso de entenderse insuficiente, mediante la creación de un tipo específico con penas más graves dentro de los delitos contra la libertad. Así, la regulación del art. 161 necesariamente ha de tener un ámbito de actuación mucho más amplio. Por este motivo, no podemos sino adherirnos a las tesis doctrinales que rechazan frontalmente esta subsunción por insatisfactoria, es decir, por no expresar en su justa dimensión todo el desvalor que supone la reproducción asistida de una mujer sin su consentimiento⁵³⁵. Dichos bienes adicionales irían en consecuencia, tanto desde los inherentes al hijo fruto de esas técnicas de reproducción, como a otros supraindividuales como la procreación y salud humanas, así como el control de las actividades de investigación clínicas y científicas en el sentido antes apuntado.

(4).- Por último, en cuanto a los bienes individuales de la mujer, no podemos olvidar tampoco la existencia de otros jurídicos protegidos que irían más allá de la mera libertad de procreación, tales como la propia integridad física y psíquica de la mujer. Es más, la

⁵³⁵ HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *Los delitos relativos a la manipulación genética*, op. cit. Vid. también ROMEO CASABONA, C. M. *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pág. 323.

conducta típica prevista por el tipo penal no sólo atenta contra dicha libertad, sino que de hecho está obligando a la mujer a tener un embarazo no deseado, con lo que ello supone desde la perspectiva de sus derechos⁵³⁶. De igual modo, la práctica de técnicas de reproducción de forma inconscientida podría llegar a afectar incluso a la propia intimidad de la mujer o a su propia dignidad. De hecho, la confluencia de todos estos bienes objeto de protección puede dar lugar a no pocos problemas de aplicación en la práctica, por los concursos de leyes a los que puede dar lugar, como veremos a continuación.

En un plano algo más sofisticado, no han faltado tampoco autores que han aludido a bienes adicionales tales como la integridad genética y el desarrollo evolutivo de la especie humana⁵³⁷. Sin embargo, en la medida en que las técnicas de reproducción asistida no requirieren de ningún tipo de manipulación genética, difícilmente podremos aceptar tal opinión, si bien es cierto que a la vista de los continuos avances de la ciencia, que ya contemplan la utilización de estas técnicas para la prevención de enfermedades genéticas, pudieran llegar a afectar a este tipo de bienes jurídicos protegidos, aunque de forma excesivamente indirecta.

§ XI. 3. - Análisis político-criminal: ¿derecho de la procreación de la mujer como fundamento de la privacidad del delito?

(1).- A la vista de las especiales características del bien jurídico protegido, así como comparando este delito con otros ilícitos de similar naturaleza, relativos a la libertad del individuo o a la reproducción de la mujer, el requisito de perseguibilidad en el art. 161 resulta, a todas luces, incoherente. No es posible justificar tampoco esta exigencia acudiendo a razones genéricas tales como la aplicación de los principios de mínima intervención o de oportunidad, dado que los supuestos menos lesivos ya cuentan con suficiente protección en sede administrativa, como acabamos de ver.

⁵³⁶ BOIX REIG, J./ANARTE BORRALLA, E. *Derecho penal. Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales*, op. cit., 2010, pág. 185 y 195.

⁵³⁷ MORILLAS CUEVA, L. *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 162.

Partiendo de la base de que el principal bien jurídico protegido en los delitos de reproducción asistida sin consentimiento es la libertad de la mujer, la condición de perseguibilidad en este ilícito pretende residir nuevamente en el carácter personalísimo del bien jurídico protegido afectado. Así lo viene entendiendo parte de la doctrina científica⁵³⁸, que adicionalmente viene a afirmar que su finalidad es la de conciliar el derecho fundamental de la víctima a la intimidad con el interés general de persecución de las infracciones penales⁵³⁹.

Este argumento resulta ciertamente previsible, vistos los delitos estudiados hasta ahora, así como a los que más adelante nos referiremos, donde inmediatamente existe una clara tendencia a justificar este tipo de tratamientos sobre la base de la afección de derechos vinculados a la esfera íntima o personal de la víctima. Tal pretensión, a su vez, abre el debate acerca de si, de un lado, efectivamente nos encontramos ante bienes jurídicos protegidos de corte esencialmente personal, y, en tal caso, si dicha circunstancia justificaría la privatización del delito de reproducción asistida sin consentimiento en los términos previstos en el art. 161. Anticipamos una respuesta negativa a ambas cuestiones.

En primer lugar, ya hemos apuntado que este delito no abarca únicamente derechos personalísimos de la mujer, sino otros muchos que van más allá de los intereses particulares, por lo que dejar únicamente en manos de dicha persona la decisión sobre la perseguibilidad de este delito deviene sencillamente inviable⁵⁴⁰. En efecto, habida cuenta de la existencia de otros bienes jurídicos protegidos en juego, que van desde aquellos que afectan a los derechos expresamente reconocidos al futuro recién nacido, a otros muchos de carácter supraindividual, como el control de las actividades de investigación o la no instrumentalización de la procreación humana, es obvio que la

⁵³⁸ HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *Los delitos relativos a la manipulación genética*, op. cit.

⁵³⁹ VIVES ANTON, T. y otros autores, *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 177; en parecido sentido, vid. también GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Comentarios al Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 837.

⁵⁴⁰ Vid. DE LA CUESTA AGUADO, P. M. *La reproducción asistida humana sin consentimiento. Aspectos penales*, op. cit., pág. 71 y 136, quien critica abiertamente el sometimiento de este delito a la previa presentación de denuncia por parte de la persona agraviada por dar lugar a una enorme confusión, que sólo podría justificarse si equiparásemos este ilícito con los delitos contra la libertad sexual y su concepción de delitos semipúblicos. Sin embargo, el bien jurídico protegido, en contra de la opinión de la mayoría, no puede situarse en la libertad de la mujer para procrear. A mayor abundamiento, y aun equiparando los delitos de reproducción sin consentimiento con los delitos contra la libertad sexual, “se revelaría una concepción desigual, arcaica e insolidaria del fenómeno de la maternidad, amén de una visión distorsionada del bien jurídico protegido libertad sexual”.

privatización de este tipo de ilícitos carece por completo de sentido.

Incluso, aun admitiendo únicamente la existencia de bienes jurídicos protegidos de carácter individual, sería imposible justificar coherentemente la perseguibilidad privada del art. 161, pues aun siendo éstos individualizables en el sujeto pasivo y considerados como especialmente disponibles, lo cierto es que no admiten en modo alguno este tipo de trabas en cuanto a la perseguibilidad. Es el caso de la integridad física o psíquica, o la salud de la mujer, cuyos atentados en modo alguno admiten este tipo de excepciones en nuestro Código penal.

Peor aún, el sometimiento del delito de reproducción asistida no consentida a algún tipo de condición de perseguibilidad carece de sentido si lo comparamos con otros delitos de similar naturaleza previstos en nuestro Código penal. Piénsese en el resto de los delitos de este Título V, o en otros tantos contemplados en otras partes del Código penal. Entre los relativos a la manipulación genética, podemos destacar el delito de fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación humana. Evidentemente, podría argumentarse que la diferencia entre uno y otro radica en la finalidad de la conducta típica – procreación –, y así ha sido entendido por la doctrina⁵⁴¹. Ahora bien, habida cuenta de que la fecundación humana puede ser empleada para fines distintos o adicionales a los meramente reproductivos, como lo es la ya aludida investigación, el diferente tratamiento entre ambos ilícitos no parece demasiado justificado.

Asimismo, si ningún otro delito contra la manipulación genética admite la perseguibilidad privada, precisamente debido a que la afectación de otros bienes jurídicos supraindividuales; y si efectivamente el art. 161 también tiene como objeto de protección bienes que exceden del ámbito estrictamente individual, el tratamiento diferenciado entre unos y otros resulta improcedente desde el punto de vista de su perseguibilidad. A mayor abundamiento, estas incongruencias resultan aún más patentes cuando las confrontamos con otros delitos contemplados por el Código penal más estrechamente relacionados con el del 161, en términos de protección de bienes especialmente disponibles. Tal es el caso, v. gr., del delito de aborto no autorizado del

⁵⁴¹ Vid. GARCÍA MARTÍN L./ESTRELLA ESCUCHURI, A. *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pág. 167.

art. 144⁵⁴², pues observado bajo del prisma de la perseguibilidad privada, vista la exigencia de previa denuncia de la mujer para condenar a quien le provocare un embarazo no deseado, no parece tener demasiado sentido otorgar un tratamiento distinto – *público* – a quien lo interrumpa también de forma no autorizada. Especialmente, dada la actual configuración del delito de aborto, de la especial relevancia que se da a los derechos y a la voluntad de la mujer, por encima de los del feto o el embrión y, evidentemente, de los del cónyuge.

Y lo mismo ocurre comparando el tipo con otros delitos a los que la reproducción asistida sin consentimiento estaría estrechamente emparentada. Empezando por los delitos denominados contra la libertad sexual, con la salvedad de que aquí faltaría el acceso carnal⁵⁴³ y la lascivia de estos últimos, lo cierto es que aun tratándose ambos de delitos sometidos a condición de perseguibilidad, el tratamiento que se da a unos y otros no es exactamente el mismo. En segundo lugar, este ilícito guarda también especial relación con los delitos de coacciones⁵⁴⁴ y amenazas – pese a lo cual estos últimos gozan de naturaleza *pública* –, en cierta medida, por atentar igualmente contra la libertad de la mujer, como se ha dicho⁵⁴⁵. De hecho a la vista de la diversidad de bienes jurídicos aceptados por nuestra doctrina – libertad individual, libertad sexual, salud física o mental, etc. –, algunos autores han llegado a reconocer sin ambages que, efectivamente y en función del ataque en cuestión y del resultado lesivo – v. gr., si se causares lesiones –, estos ataques podrían resolverse y/o reconducirse por medio del

⁵⁴² Art. 144: “El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.

Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.”

⁵⁴³ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 140.

⁵⁴⁴ Vid. SERRANO GÓMEZ A./SERRANO MAILLO A. op. cit., pág. 145, que entiende que podríamos encontrarnos ante un concurso ideal en aquellos casos en los que, teniendo en cuenta que el art. 161 CP se limita a decir “sin su consentimiento”, la fecundación se lleve a cabo por algún procedimiento que coarte la libertad de la mujer o la obligue a su asentimiento. Para GRANADOS PÉREZ, C. *Objeto material en los delitos contra las personas*, op. cit., pág. 264, del delito de previsto en el art. 262 se trataría directamente de una modalidad de coacción cualificada.

⁵⁴⁵ Cfr. MORILLAS CUEVA, L. *Derecho penal español. Parte especial* (Coord. COBO DEL ROSAL, M.) op. cit., pág. 169. En relación con las coacciones este autor discute abiertamente esta equiparación en el entendimiento de que éstas exigen violencia para su realización típica, mientras el delito de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer no limita los medios para llevar a cabo el acto punible. De tal forma que, si bien es cierto que a dicho resultado podría llegarse por medio de violencia, también podría darse por otros procedimientos que anulen la voluntad de decidir o que simplemente vicien esa voluntad, ese consentimiento – intimidación, amenaza, engaño, abuso de estado de necesidad, etc. –. Por este motivo, sería posible un concurso con el delito de coacciones cuando quepa apreciar violencia, pero también con el de amenazas del art. 169 si el medio es la amenaza.

expediente del concurso de delitos⁵⁴⁶. Para otros autores, de hecho, en relación con la actual reproducción asistida sin consentimiento, sería insuficiente calificarla simplemente como un delito de coacciones, pudiendo constituir además un delito de lesiones, pues dicho acto podría calificarse como maltrato de obra y el subsiguiente embarazo (con sus secuelas de dolores, vómitos, descalcificación, pérdida de cabello) como el resultado lesivo, por atentar contra la salud de la víctima. Desde esta perspectiva, sería posible subsumir en un delito de lesiones algunos supuestos de reproducción asistida con resultados nocivos, si bien el embarazo, en tanto proceso fisiológico natural, no puede ser entendido lesivo de la integridad corporal o de la salud física o mental de la mujer⁵⁴⁷.

Vistas las interconexiones entre todos estos delitos, no podemos sino concluir que, con independencia de la incoherencia que conlleva la privacidad del delito del art. 161, los problemas que puede conllevar en la práctica tal consideración desaconsejan absolutamente el sometimiento del mismo a ningún tipo de condición de privacidad. La solución de estos solapamientos evidentemente resultaría fácilmente resoluble en los casos de amenazas o coacciones, donde podría entenderse que nos encontraríamos ante un concurso de normas, que no de delitos, siendo de aplicación el art. 161 como norma especial y, por tanto, de aplicación prioritaria sobre otras normas comunes. Sin embargo, si en la aplicación de la técnica de reproducción asistida se generaren lesiones o muerte de la mujer, estaríamos ante un concurso de delitos de carácter ideal entre el resultado producido y el del art. 161⁵⁴⁸, lo que daría lugar a otros problemas como consecuencia del distinto tratamiento que ofrecen unos y otros en cuanto a su perseguibilidad.

Todo ello, por no hablar de los intereses en juego que han quedado marginados con la admisión de la perseguibilidad privada de este delito. De un lado, al no haberse

⁵⁴⁶ HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *Los delitos relativos a la manipulación genética*, op. cit. Este autor de hecho, viene a afirmar que, si efectivamente se llegare a practicar la inseminación simplemente sin el consentimiento de la víctima, efectivamente podríamos encontrarnos ante el ilícito del art. 161. Ahora bien, si el facultativo en cuestión, con ánimo lujurioso, inseminase artificialmente a la mujer, con ánimo lujurioso, empleando violencia o intimidación, nos encontraríamos más bien ante un delito de violación del art. 179 (mediante la introducción de objetos, ya que tanto para la inseminación artificial como para la fecundación *in vitro* se precisa la introducción de objetos quirúrgicos).

⁵⁴⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M. *Compendio de Derecho penal. Parte Especial. Volumen I*, Ramón Areces, Madrid, 2003, pág. 162.

⁵⁴⁸ MORILLAS CUEVA, L. *Derecho penal español. Parte especial* (Coord. COBO DEL ROSAL, M.) op. cit., pág. 169.

reconocido la posibilidad de que el padre o progenitor pueda incoar el procedimiento, ni siquiera en los casos en que su semen haya sido utilizado en contra de su voluntad para tal fin, en cuyo caso su única opción será la vía administrativa y/o civil para ver resarcidos los posibles daños o para impedir los efectos propios de la filiación⁵⁴⁹; si admitimos que efectivamente el bien jurídico protegido del art. 161 CP es el derecho a la libertad en su vertiente a la procreación, no parece tener demasiado sentido el hecho de limitar la perseguibilidad del hombre si éste se hubiera visto afectado junto con la mujer. Por otro lado, por la posible existencia de una pluralidad de afectados, expresamente contemplada por el tipo al prever que esta conducta pudiera ser llevada a cabo por sociedades, organizaciones o asociaciones, no siendo descartable que pudiera darse el delito en masa. En efecto, si los delitos contra la intimidad admiten la excepción relativa los intereses generales o una pluralidad de personas, no hay razón aparente para que no se incluya aquí también.

(2).- En último lugar, existen otras posiciones doctrinales que justifican esta restricción sencillamente en el carácter secundario del Derecho penal, razón por la cual se habría optado por penalizar únicamente conductas dolosas – con la salvedad de la referida en el art. 159.2 –, exigiéndose además la interposición de denuncia por parte de la persona agraviada o de su representante legal en la del art. 161⁵⁵⁰. Todo ello, en la medida en que, más allá de cualquier consideración moral, estos ilícitos ya están regulados en el ámbito administrativo.

Pues bien, tampoco esta tesis resulta acertada, pues el hecho de que esta misma conducta se encuentre regulada en sede administrativa podrá conllevar a que el Derecho penal quede reservado entonces para los supuestos más graves en relación con esa conducta; o incluso, en el peor de los casos, la recomendación de despenalizar ese ilícito directamente por encontrarse debidamente regulada en otra vía. Ahora bien, el hecho de contar con una regulación subsidiaria, no justifica en modo alguno que la víctima pueda decidir sobre la punibilidad de los atentados más graves subsumibles en la conducta típica del art. 161, que a mayor abundamiento ya hemos dicho además que afectan a otros bienes jurídicos protegidos más allá de los suyos personales.

⁵⁴⁹ GARCÍA GONZÁLEZ, J. *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, Instituto de Criminología de Madrid-Edersa, Madrid, 2001, pág. 387.

⁵⁵⁰ BOIX REIG, J./ANARTE BORRALLA, E. *Derecho penal. Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales*, op. cit., pág. 186.

§ XI. 4. - Conclusiones

(1).- Tratándose de la primera vez en que el Derecho penal iba a entrar a penalizar la reproducción asistida sin consentimiento, el legislador optó, en parecido sentido al tratamiento otorgado a otros tipos penales introducidos también *ex novo* por el vigente Código de 1995, por condicionar su perseguibilidad exigiendo la previa interposición de denuncia por parte de la persona agraviada o de su representante legal. No obstante, tal circunstancia únicamente fue considerada aplicable respecto de este concreto delito, pues el resto de los atentados contra la manipulación genética que componen el Título V, regulados igualmente de forma novedosa, gozaron desde el principio de una consideración estrictamente *pública* desde el punto de vista de su perseguibilidad.

Tal tratamiento no fue, por otro lado, indiscutido, existiendo algunos anteproyectos previos que optaron por no condicionar la persecución de este delito, siendo por lo demás igualmente objeto de debate la redacción de la cláusula de *privacidad* contemplada en el tipo penal.

(2).- En el delito de reproducción asistida sin consentimiento del art. 161 no es posible hablar de un único bien jurídico protegido, sino de varios interrelacionados. Efectivamente, el tipo penal persigue la protección de la libertad de la mujer desde el punto de vista de no ser fecundada sin su consentimiento. Sin embargo, también protege otros derechos o intereses individuales de la víctima, como los son la dignidad de la persona, la integridad física y moral o, incluso, la intimidad personal y familiar. Adicionalmente, el tipo penal busca la protección de otros tantos bienes de carácter supraindividual, como los propios del hijo procreado, e incluso otros tales como la reproducción del ser humano o el control de las actividades de investigación.

(3).- Tanto si entendemos que el bien jurídico protegido es individual o supraindividual, como si lo comparamos con otro tipo de ilícitos de esta naturaleza, relativos a la libertad del individuo o a reproducción de la mujer, el requisito de perseguibilidad del art. 161 resulta incoherente. No es posible justificar tampoco esta exigencia acudiendo a razones genéricas tales como los principios de mínima intervención o de oportunidad.

En primer lugar, porque el delito de reproducción asistida no alcanza únicamente a proteger derechos personalísimos de la mujer, sino también muchos otros ya referidos que irían desde aquellos que afectarían a los propios del recién nacido, como a otros de carácter supraindividual como la no instrumentalización de la procreación humana o el control de las actividades de investigación. Desde este punto de vista, la perseguibilidad privada del art. 161 únicamente a instancias de la mujer no encuentra justificación.

Adicionalmente, aun cuando entendiéramos como bienes objeto de tutela únicamente los propios de la víctima, tampoco sería posible justificar razonablemente su perseguibilidad privada. En efecto, en la medida de que, en tal caso, a la libertad de procreación habría que añadir otros como la integridad física o psíquica de aquélla, que en modo alguno admiten en nuestro Código penal la limitación mediante la previa exigencia de denuncia privada, tampoco aquí sería posible admitir este especial tratamiento.

En último lugar, y a mayor abundamiento, el especial tratamiento del art. 161 choca frontalmente con la condición pública de otros tantos delitos con los que está estrechamente emparentado. Nos referimos, entre otros, al delito de aborto no autorizado del art. 144 – auténtico reverso de la reproducción asistida no consentida, que tampoco admite ningún tipo de limitación en cuanto a su perseguibilidad –, los delitos de coacciones, o incluso con los delitos contra la libertad sexual – que si bien en unos casos admiten tal tratamiento privado, lo es en unas condiciones mucho más laxas que los aquí planteados –.

(4).- Adicionalmente, la formulación del requisito de perseguibilidad plantea importantes carencias habida cuenta de que (a) no tiene en cuenta otros intereses en juego como los del hombre o del progenitor – que sí contempla en cambio la regulación administrativa –, y (b) el tipo penal podría plantear claros concursos de normas o de delitos, según los casos – con los delitos de coacciones, amenazas, lesiones o incluso en caso de muerte de la mujer – que podrían anular la pretendida eficacia del referido requisito de perseguibilidad privada.

CAPÍTULO XII. - DELITOS DE ABANDONO DE FAMILIA E IMPAGO DE PENSIONES

§ XII. 1. - Histórica relegación de los conflictos familiares al ámbito del Derecho privado

(1).- El Título XII del Código penal, bajo la denominación “delitos contra las relaciones familiares”, agrupa por vez primera las diversas figuras delictivas que giran en torno a esta institución. Este Título está estructurado en los siguientes tres capítulos: (i) matrimonios ilegales – arts. 217 a 219 –; (ii) suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor – arts. 220 a 222 –; y (iii) contra los derechos y deberes familiares – arts. 223 a 233 –. Este último capítulo regula a su vez, en su Sección 3ª, los delitos de incumplimiento de deberes familiares de asistencia – art. 226 – e impago de pensiones – art. 227 – a los que nos referiremos a continuación, por ser los únicos a los que alcanza la exigencia de denuncia del art. 228.

Quedan al margen por tanto, al no ser aplicable tal condición, los delitos de abandono de menores o incapaces por la persona encargada de su guarda y custodia – art. 229 –, de abandono temporal – art. 230 –, la entrega no consentida a terceros o establecimientos públicos – art. 231 –, y de utilización o prestación de menores a prácticas de mendicidad – art. 232 –. Estos supuestos no sólo no estiman necesaria la imposición de esta condición por parte del legislador, sino que, además, atendiendo a las circunstancias del caso y sin duda alguna dada su especial gravedad, incluyen la posibilidad de añadir a las sanciones previstas en los respectivos tipos, la pena de “inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años” – art. 233.1 –; o, incluso, la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años si el culpable ostentare la guarda y custodia del menor por su condición de funcionario público.

Por otro lado, estos atentados contra la institución familiar son en realidad las agresiones menos lesivas entre todas las contempladas por nuestro Código penal, pues los

supuestos más graves que se pueden cometer en el seno de la misma vienen regulados en otros apartados, como se puede apreciar en los delitos contra la vida, contra la libertad e indemnidad sexuales o los relativos a los malos tratos, además de aquellos regulados a través del art. 11 del Código penal a través, v. gr., de la posición garante paterno-filial.

(2).- Tradicionalmente, el *ius puniendi* ha limitado al máximo su intervención en todo lo concerniente a la esfera íntima de la familia, dada su originaria concepción como entidad autónoma dotada de funcionalidad propia y capaz de solucionar sus conflictos internamente. Hasta hace relativamente poco tiempo, lo habitual era relegar al ámbito del Derecho privado los problemas y divergencias que pudieran suscitarse en este ámbito, reservándose el Estado la posibilidad de sancionar sólo aquellos comportamientos que en su día fueron entendidos como más lesivos para evitar provocar desórdenes en el entorno familiar que pudieran ocasionar nefastas consecuencias, como ocurría en el caso del adulterio⁵⁵¹. Todo ello, a pesar de que, obviamente, los abandonos de familia se han dado siempre en cualquier cultura, así como los supuestos de incumplimiento de deberes del cónyuge, padre, tutor, etc. que deben presidir siempre este tipo de relaciones.

Por esta razón, el Estado Moderno opuso cierta resistencia a incorporar los denominados delitos de abandono de familia en sus primeras formulaciones hasta, aproximadamente, la segunda década del siglo pasado. Hasta entonces, existía una corriente claramente *iusprivatista* preocupada por respetar al máximo la independencia de la institución familiar, favorecer su indisolubilidad y la vida en común y, en definitiva, velar por la autoprotección de su entorno y de la unidad de sus componentes. Era comúnmente aceptado que las relaciones familiares contaban con una naturaleza *especialísima*, que hacía que cualquier controversia suscitada en torno a las mismas debía sustanciarse en el ámbito del Derecho privado. No obstante, a partir de dicho momento empezó a aceptarse que, efectivamente, cabía la imposición de otro tipo de sanciones penales en aquellos casos de desorden sumamente grave que pudieran poner en peligro la vida o la salud de sus integrantes. En efecto, a partir de entonces comenzaría a asumirse la idea de que este tipo de supuestos más graves ponían en

⁵⁵¹ DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. M^a. *Las figuras de abandono de familia en sentido estricto*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 15.

peligro, no ya intereses meramente privados o particulares de los familiares, sino otros mucho más trascendentes que justificarían la intervención del *ius puniendi*⁵⁵².

(3).- Si bien existen precedentes más antiguos que definen y regulan determinadas figuras de desamparo familiar⁵⁵³, a la hora de identificar el origen de estos ilícitos es inevitable empezar acudiendo a la célebre corriente doctrinal iniciada por TISSIER⁵⁵⁴, mundialmente aceptada, y a la Ley de 7 de febrero de 1924 dictada en el Ordenamiento Jurídico francés, por ser la primera que sancionó penalmente el incumplimiento de ciertos deberes de asistencia familiar, si bien únicamente en lo referente a los deberes pecuniarios; fórmula ésta frecuente entre los países que admitían el divorcio⁵⁵⁵. Sin embargo, fue el Código Penal italiano de 1930 el primero en introducir el delito de abandono de familia en un sentido mucho más amplio, como infracción claramente significada por el incumplimiento de obligaciones nacidas del vínculo familiar, tanto desde el punto de vista económico como desde el moral, distinguiéndolo de los demás delitos de abandono de personas, en los que el tipo penal iba dirigido a proteger la vida o integridad física de las personas abandonadas⁵⁵⁶.

⁵⁵² Vid. FERRER SAMA, A. *El delito de abandono de familia. Discurso leído en la solmene apertura del curso académico 1946-1947*, Suc. De Nogués, Murcia, 1946, pág. 10. Dicho autor afirmaba a mediados del siglo pasado que hasta entonces, efectivamente, no se había entendido oportuna la imposición de sanciones penales a este tipo de conductas porque se estimaba que, lejos de enmendar el desorden familiar, podía añadir funestas consecuencias a las relaciones familiares. Por otro lado, es cierto también que los padres ostentan determinados derechos en cuanto al gobierno de la propia familia y la educación de sus hijos. Sin embargo, vista la influencia que ostenta la institución familiar dentro del orden social, se hacía necesaria la regulación de determinadas conductas especialmente lesivas en aras a evitar la desintegración de uno de los pilares básicos de la sociedad.

⁵⁵³ Vid. FERRER SAMA, A. *El delito de abandono de familia. Discurso leído en la solmene apertura del curso académico 1946-1947*, op. cit., pág. 13, que señala que, aun cuando hasta la Ley francesa de 1924 no se llegó a establecer un verdadero sistema de protección de los derechos familiares, con anterioridad era posible encontrar algunos atisbos en determinados Códigos extranjeros, como el Código penal brasileño de 1890 – art. 240 –, el noruego de 1905 – art. 219 –, el canadiense de 1906 – secciones 241 1º, 243 2º y 242 3º –, el belga de 1867 – tras la modificación del art. 360 bis efectuada por la ley de 15 de mayo de 1912 –, o el holandés de 1881 – art. 255 –.

⁵⁵⁴ Efectivamente, en el año 1913 TISSIER planteó ante la *Reunión General de la Société Générale des Prisons* la cuestión de si el abandono de familia podía constituir delito, proponiendo un texto para la regulación de dicha figura. El debate originado inspiraría más tarde la Ley francesa de 7 de febrero de 1924, si bien de forma restringida a lo que actualmente conocemos como impago de pensiones y condicionada a que, con anterioridad, el Tribunal civil en cuestión hubiera declarado el derecho a percibir una pensión económica.

⁵⁵⁵ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 11. Más ampliamente, vid. también FERRER SAMA, A. *El delito de abandono de familia. Discurso leído en la solmene apertura del curso académico 1946-1947*, op. cit., pág. 16.

⁵⁵⁶ DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. Mª. *Las figuras de abandono de familia en sentido estricto*, op. cit., pág. 17. El artículo 570 del referido Código penal italiano castigaba, como también lo hiciera el art. 487 de nuestro anterior Código penal de 1973 a quien “abandonando el domicilio doméstico u observando una conducta contraria al orden o a la moral de las familias se sustrae a las obligaciones de asistencia

Esta última novedad legislativa fue precisamente la que inspiraría en España la redacción de la Ley de 12 de marzo de 1942, que vino a criminalizar por vez primera “el delito de abandono de familia o incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”⁵⁵⁷, y que posteriormente sería incorporada al Código penal de 1944⁵⁵⁸, en consonancia con el ardor represivo de su momento histórico. Y, en la medida en que los principios religiosos que inspiraban claramente la sociedad de la época y los deberes morales inherentes al matrimonio eran considerados esenciales para asegurar el mantenimiento y cohesión de la institución familiar, nuestro legislador optó en dicho momento por trascender los valores materiales para captar también los deberes de socorro espiritual, de afecto y estima recíproca⁵⁵⁹.

Por lo demás, esta influencia se ha visto mantenida hasta la actualidad, con las particularidades introducidas con la reforma de 1989, coexistiendo en nuestro vigente Código penal dos modalidades de conducta claramente diferenciadas, como lo son, de un lado, el incumplimiento de las obligaciones familiares derivadas del matrimonio y la filiación en sentido amplio y, de otro, los deberes de asistencia y protección de los miembros.

inherentes a la patria potestad, a la tutela legal o a la cualidad del cónyuge”. No obstante esta doctrina italiana no estuvo exenta de crítica, sobre todo entre quienes insistieron en distinguir entre las necesidades de asistencia que interesan al Derecho penal y al Derecho civil, constituyendo únicamente el mínimo de subsistencia indispensable el objeto de protección penal.

⁵⁵⁷ Anteriormente, es de destacar también la Ley reguladora del divorcio de 2 de marzo de 1932, que preveía una pena para el cónyuge divorciado que, viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a sus descendientes en virtud del convenio judicialmente aprobado o de resolución judicial, dejare de pagarla durante tres meses. Este precepto se encuentra estrechamente relacionado con la modificación del art. 487 introducida por la reforma penal de 1989, como consecuencia de la Ley del Divorcio de 1981, precedente inmediato del actual impago de pensiones del art. 227 CP.

⁵⁵⁸ Art. 487 CP 1944: “Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de mil a cinco mil pesetas el que dejare de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes legales de asistencia, inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio, en los casos siguientes:

1º Si abandonare maliciosamente el domicilio familiar

2º Si el abandono de sus deberes legales de asistencia tuviere por causa su conducta desordenada.

Cuando el culpable dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes o cónyuge que se hallaren necesitados, a no ser, respecto del último, que estuvieren separadas por culpa del referido cónyuge, será castigado con pena de arresto mayor en su grado máximo y multa de 5.000 a 10.000 pts.

En todo caso el Tribunal podrá acordar la privación del derecho de patria potestad, o de la tutela o autoridad marital que tuviere el reo.”

⁵⁵⁹ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, op. cit., pág. 14.

(4).- El delito de impago de pensiones del art. 227 cuenta con un precedente muy significativo en el art. 34 de la Ley del Divorcio de 1932⁵⁶⁰, que ya preveía específicamente, y probablemente siguiendo la inspiración de la antes citada Ley francesa de 1924, sanciones penales para castigar dicha conducta. Sin embargo, tras la derogación de dicha Ley del Divorcio en el año 1939, nuestra legislación no volvió a conocer un precepto similar hasta la introducción del art. 487 bis por la reforma del Código penal operada por la LO 3/1989, de 21 de junio, precedente inmediato del actual impago de pensiones del art. 227.

Según el preámbulo de dicha Ley, el motivo de dicha inclusión radicó en un intento de “otorgar la máxima protección a quienes en las crisis matrimoniales padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a prestaciones de aquella clase”. Esta incorporación fue consecuencia a su vez de las voces que empezaban a denunciar el crecimiento cada vez más pronunciado de este tipo de ilícitos⁵⁶¹.

Por lo que respecta al requisito de perseguibilidad de los delitos de abandono de familia, éste fue introducido por primera vez en la reforma del Código penal de 1944 operada mediante el Decreto 691/1963, de 28 de marzo⁵⁶², que, junto con la admisión del perdón

⁵⁶⁰ Art. 34 Ley del Divorcio de 1932: “El cónyuge divorciado que viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes, en virtud de convenio judicialmente aprobado o de resolución judicial, y que culpablemente dejara de pagarla durante tres meses consecutivos, incurrirá en la pena de prisión de tres meses a un año de multa de 500 a 100.000 pesetas. La reincidencia se castigará, en todo caso, con la pena de prisión.”

⁵⁶¹ Vid. la Instrucción FGE 3/1988, de 1 de junio, dictada como complemento de la Circular FGE 3/1986, que afirmaba lo siguiente: “(...) En este sentido hoy quiero llamar la atención de los Fiscales, sobre un problema que empieza a preocuparnos, me refiero a la frecuencia, con que la obligación de alimentos establecida por la Autoridad Judicial en los procesos matrimoniales, a favor de los hijos menores o incapacitados o del cónyuge cuando se encuentra en estas situaciones, no es cumplida en la práctica, por diversas causas, acumulación de trabajo en los órganos judiciales, resistencia de la persona obligada al pago, etc. Ésta es una situación que no puede consentirse (...)” Vid. la siguiente circular 2/90 FGE, que afirmaba que la incorporación de este ilícito al anterior Código penal respondió a la necesidad de criminalizar el impago de pensiones provenientes de situaciones de separación, divorcio o nulidad matrimonial, que frecuentemente no obtenían respuesta ni por la vía civil, ni tampoco por la vía penal mediante la aplicación del tipo genérico de abandono de familia -pues la relación familiar ya estaba rota en el momento del impago-.

⁵⁶² Según el art. 487 de dicho Código, párrafo cuarto: “El delito previsto en este artículo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del Ministerio Fiscal. Será de aplicación a este delito lo dispuesto en el artículo 443 en cuanto a la extinción de la acción penal y de la pena, presumiéndose el perdón del agraviado por el restablecimiento de la vida conyugal y cumplimiento de los deberes asistenciales.” Por su parte, el art. 443 al que hace referencia dicho precepto regulaba a su vez los requisitos de perseguibilidad respecto de los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto, exigiendo la presentación de denuncia por el agraviado, cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador de hecho, así como por el Ministerio Fiscal en caso de personas desvalidas, así como la posibilidad de la extinción de la acción penal mediando el perdón del ofendido.

del ofendido, exigía la denuncia previa de la persona agraviada o, en su caso, del Ministerio Fiscal.

(5).- Tradicionalmente, tanto el Derecho penal español como el comparado entendían que la exigencia de denuncia por el agraviado en los delitos de abandono de familia podría dificultar en extremo la aplicación de este tipo de preceptos. La perseguibilidad pública era necesaria en la medida en que los miembros familiares que sufrían estos ataques muy difícilmente accederían a denunciar este tipo de hechos por el recelo de hacer públicas sus intimidades familiares⁵⁶³. Sin embargo, poco a poco irían tomando fuerza las tesis favorables a la *privatización* de este tipo de delitos, como se verá más adelante, con la intención de limitar en la medida de lo posible la intervención del *ius puniendi* en las relaciones familiares. Como decimos, en España fue la reforma penal de 1963 la que propició la inclusión de un nuevo párrafo estableciendo la necesidad de previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del Ministerio Fiscal en supuestos de especial peligro de personas desvalidas o indefensas, mantenida posteriormente por el Código penal de 1973, si bien con alguna modificación. No obstante, en ese momento esta exigencia sólo fue impuesta respecto del delito de abandono de familia – art. 487 –.

Por su parte, en cuanto al delito de impago de pensiones, incorporado *ex novo* al anterior Código penal a partir de la reforma de la LO 3/1989 – art. 487 bis –, el sometimiento de dicho ilícito a algún tipo de condición de perseguibilidad ha sido mucho más reciente al no tener lugar hasta la entrada en vigor del vigente Código de 1995. Según la exposición de motivos de la reforma del antiguo Código, el motivo de la incorporación de dicho ilícito fue la respuesta a la necesidad de dotar de una eficaz protección “a los miembros económicamente más débiles del grupo familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarlos (...) intentando así otorgar la máxima protección a quienes en las crisis matrimoniales padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a prestaciones de aquella clase.”

No obstante, dicha exposición de motivos no justificaba en modo alguno el porqué de esa diferencia de tratamiento en cuanto a su perseguibilidad pese a tratarse ambas de

⁵⁶³ DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. M^a. *Las figuras de abandono de familia en sentido estricto*, op. cit., pág. 185.

conductas muy similares y, lo que resulta aún más llamativo, a pesar también de que el abandono de familia, es decir, el ilícito más grave de los dos por contemplar penas más severas, era precisamente el único que admitía la posibilidad de sancionar de no mediar denuncia de la persona agraviada. En efecto, tras la meritada reforma de 1989, que afectó a ambos tipos penales, en ambos casos se preveía una pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas; sin embargo, el abandono de familia podía llegar al arresto mayor en su grado máximo y multa de hasta 1.000.000 pesetas en el caso de dejarse de prestar la asistencia indispensable para el sustento a descendientes, menores e incapaces para el trabajo, o ascendientes o cónyuge que se hallaren necesitados. Sin embargo, pese a esa mayor lesividad de la conducta, este tipo fue el único que admitió la perseguibilidad privada.

(6).- En este estado de cosas, no sería hasta la entrada del vigente Código penal de 1995 cuando quedaría resuelta tal incongruencia otorgando el mismo tratamiento a ambos ilícitos desde el punto de vista de su *privacidad*. De tal modo que, en la redacción actual, tanto el delito del art. 226 – abandono de familia –, como el del art. 227 – impago de prestaciones económicas – admiten la perseguibilidad sólo a instancia de parte, esto es, previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, salvo que aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, en cuyo caso también podrá denunciar el Ministerio Fiscal, según lo establece el art. 228.

Junto a lo anterior, el vigente Código penal resulta ciertamente interesante por otras modificaciones introducidas en relación con las redacciones derogadas. Una de las principales radica en la irrelevancia del perdón, antes previsto como causa de extinción de la responsabilidad penal en el marco del delito de abandono de familia⁵⁶⁴ – art. 487, en relación al art. 112.5⁵⁶⁵ –, de modo que las redacciones actuales no admiten ningún tipo de eficacia, por lo que no es posible aplicar lo dispuesto en el art. 130.5º de este Código, aunque siempre será posible apreciar dicha circunstancia en el momento de la individualización judicial de la pena. La segunda diferencia esencial, dejando obviamente de lado la extensión de esa privacidad al delito de impago de pensiones,

⁵⁶⁴ Que no obstante, ya había sido previamente en virtud de la LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal, en el sentido de que su operatividad quedaba condicionada a la aprobación por el Tribunal previa escucha al Ministerio Fiscal.

⁵⁶⁵ En este sentido, el último párrafo del art. 487 establecía que: “El perdón expreso o presunto del ofendido, extingue la acción penal. Dicho perdón necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente.”

residiría en la participación del Ministerio Público, ya que mientras con el anterior Código punitivo el delito era únicamente perseguible “previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del Ministerio Fiscal”, en la actualidad el art. 228 admite la denuncia de éste únicamente cuando la persona agraviada sea “menor de edad, incapaz o una persona desvalida”. Es obvia por tanto la restricción de su potestad, que ahora aparece restringida a tres concretos supuestos tasados.

Sin embargo, las consecuencias de tal restricción en la práctica serán de mucha menor trascendencia de lo que pudiéramos pensar en un inicio, al ser verdaderamente frecuente que este tipo de delitos tengan a menores de edad o personas desvalidas entre sus víctimas – los propios hijos –, por lo que el Fiscal adquiere aquí un protagonismo verdaderamente inusual. Así es, en contra de lo visto hasta ahora, de él va a depender, en muchos casos, la decisión acerca de si procede o no perseguir por uno u otro delito. Y es que, efectivamente, cuando nos encontramos ante personas mayores de edad y autosuficientes, resulta verdaderamente difícil que pueda llegar a darse cualquiera de los tipos de abandono y aquí descritos.

De hecho, esta particularidad ha dado lugar a alguna controversia, como la hemos podido ver *supra*⁵⁶⁶ en relación con la legitimación de la madre para reclamar la pensión de alimentos de sus hijos mayores de edad, que carece de respuesta pacífica en nuestra jurisprudencia. En efecto, no resulta difícil encontrar sentencias que exigen la presentación de denuncia por parte de los propios hijos⁵⁶⁷, al carecer la madre capacidad de representación respecto de ellos, pero existiendo sin embargo otras que admiten la denuncia en nombre de los vástagos cuando aún continúen viviendo en el domicilio familiar y carezcan de autonomía e independencia por la ausencia de ingresos y cumplirse, en definitiva, los requisitos del art. 142.2 del Código civil⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ Vid. *ut supra* § VI. 3.

⁵⁶⁷ Vid. SAP de Asturias, de 26 de febrero de 1998 y SAP de Sevilla, de 13 de mayo de 2003.

⁵⁶⁸ Vid., en este sentido, SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 24 de marzo de 2000 y SAP de Zaragoza, de 4 de noviembre de 1999. En contra de esta tesis, vid. MAGRO SERVET, V. *La casuística del impago de pensiones en el nuevo Código penal (Ley 15/2003, de 25 de noviembre)*, La Ley, nº 5934, Sección Doctrina, 16 de enero de 2004, año XXV, Ref. D-13, quien entiende que los hijos deberán reclamar la pensión al menos de forma acumulativa a su madre, por ser distintas las pensiones que les corresponde a la madre y a los hijos -compensatoria a la primera, y de alimentos a los segundos-, con independencia de poder recibir ambas la madre. En consecuencia, en este caso los hijos ostentan la condición de acreedores, una vez desaparecida la representación de la madre con el cumplimiento de la mayoría de edad y, por tanto, quienes deberán interponer la denuncia para perseguir el delito. Para este supuesto, entiende el referido autor que el Ministerio Fiscal no se encontraría tampoco legitimado para perseguir la infracción.

§ XII. 2. - Bien jurídico protegido: ¿seguridad de los miembros indefensos o institución familiar?

(1).- La labor de identificación del objeto de tutela empieza por dejar de lado antiguas concepciones doctrinales que situaban el bien jurídico protegido de este tipo de ilícitos en el bienestar general, en la inteligencia de que la familia era uno de los pilares básicos de la sociedad⁵⁶⁹. Actualmente, la razón de ser de estos tipos penales reside más bien en el deber de asistencia de los miembros más débiles de la familia, entendido como el deber de velar, educar y alimentar. Por ello, la penalización de estas conductas radica en la *seguridad* en las relaciones familiares, traducida en el derecho natural de toda persona a ser ayudada por sus familiares en casos de necesidad o, al menos, a no ser puestos en situación peligrosa por aquéllos⁵⁷⁰. No en vano, resulta ciertamente ilustrativo, de entrada, que durante la vigencia del Código penal anterior, el delito de abandono encontraba su ubicación dentro del Título relativo a los “delitos contra la libertad y seguridad”, siendo éste sin duda alguna un claro indicio del objeto de protección de estos delitos.

La *seguridad* se concreta así en un espacio de protección adicional para los bienes jurídicos de determinados miembros que, por sus particulares características o circunstancias, están especialmente expuestos habida cuenta de la situación de inferioridad en que se encuentran. Al menos, así parecen haberlo entendido ciertos sectores doctrinales, que defienden, v. gr., que la razón fundamental de la sanción penal de estas conductas reside en el desaforado afán tuitivo del legislador hacia la mujer, en tanto miembro débil y necesitado de especial protección por su tradicional papel secundario en el seno familiar⁵⁷¹; afán que evidentemente habrá de extenderse a los hijos en tanto miembros más vulnerables de dicha institución.

⁵⁶⁹ Vid. FERRER SAMA, A. *El delito de abandono de familia. Discurso leído en la solmone apertura del curso académico 1946-1947*, op. cit., pág. 10.

⁵⁷⁰ Vid. entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *Consideración jurídico penal del, así llamado, abandono de familia*, Cuadernos de Política Criminal nº 31, Madrid, 1987, pág. 95; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 302; MARTÍNEZ GARCÍA, A. S. *Comentarios al Código penal* (Dir. GÓMEZ TOMILLO, M.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 883.

⁵⁷¹ Vid., entre otros, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a. *Las figuras de abandono de familia en sentido estricto*, op. cit., pág. 20. La autora pone de manifiesto además que esta opinión ha sido refrendada por el Tribunal Supremo, entre otras, en sus SSTs de 26 de septiembre de 1960, 20 de abril de 1966 y 1 de junio de 1970; si bien es cierto que también existen precedentes jurisprudenciales, como la STS de 10 de noviembre 1971, que condenaban a la mujer como autora de un delito de abandono familiar por infringir sus deberes de cuidado de su marido y de sus hijos.

(2).- Tal criterio no encuentra sin embargo unanimidad entre nuestra doctrina. Entre quienes se manifiestan en contra, destacan los partidarios de designar a la *institución familiar* como bien objeto de protección, en cuanto a los derechos y deberes inherentes a la misma⁵⁷², ya sea desde el punto de vista de la subsistencia de la relación jurídico-familiar o la desde la convivencia y la armonía familiar⁵⁷³. Teoría ésta que, por otro lado, deriva de un planteamiento muy jerarquizado del sistema social – Estado-familia-individuo –, así como de la concepción *metajurídica* de carácter ético-religioso de la función de la familia que, a mayor abundamiento, dota al sistema familiar de una categoría de Derecho público, constitutiva además del núcleo de nuestra sociedad⁵⁷⁴.

Obviamente, para los defensores de dicha tesis, nuestro Derecho penal resulta inidóneo para proteger la institución familiar como ente de Derecho público, debiendo restringirse por tanto su ámbito de actuación, únicamente, a los supuestos de deberes de asistencia y, en especial, de sustento. El resto de las relaciones familiares excederían el ámbito de aplicación del *ius puniendi* en virtud de los principios de intervención mínima y proporcionalidad. Sin embargo, esta teoría ha sido criticada abiertamente y con toda una diversidad de argumentos, pues habida cuenta de ese mismo carácter fragmentario del Derecho penal y de los principios de subsidiariedad y *ultima ratio* que lo caracterizan, el Estado no podría intervenir con fines reconciliadores, sino sólo cuando los lazos familiares ya se hubieran desintegrado y, por tanto, con el único objetivo de evitar el desamparo de los miembros más débiles tras dicha ruptura⁵⁷⁵. Desde esta perspectiva, la familia como tal no aparece protegida penalmente, sino, a lo sumo, ciertos derechos generados en el seno de la misma estrechamente relacionados con su desarrollo o subsistencia. Y es que, aun partiendo de la base de que efectivamente la

⁵⁷² Cfr. BELLO LANDROVE, F. *La familia y el Código penal español*, op. cit., pág. 385, quien no obstante entiende que no existe contradicción entre la seguridad y la familia, sino una filosofía distinta de comprensión de la materia penal. También SERRANO GÓMEZ A./SERRANO MAÍLLO A. *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 343.

⁵⁷³ DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. M^a., *Las figuras de abandono de familia en sentido estricto*, op. cit., pág. 42, quien además pone de manifiesto una amplia y tradicional doctrina jurisprudencial que apoyaba dicha tesis. Entre otras tantas, la autora destaca la STS de 30 de marzo de 1944, que aludía al “deseo de proteger y vigorizar la honrada vida familiar de origen legítimo” (dejando fuera por tanto a los hijos ilegítimos) o, más recientemente la STS de 30 de enero de 1989. En una posición intermedia, destaca otras tantas como las SSTs de 6 de octubre de 1986, 22 de febrero de 1980, 14 de febrero de 1979 o de 28 de enero de 1971.

⁵⁷⁴ DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. M^a., *Las figuras de abandono de familia en sentido estricto*, op. cit., pág. 44.

⁵⁷⁵ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, op. cit., pág. 18.

intervención penal en el ámbito familiar es fragmentaria y subsidiaria, no existe impedimento alguno para que el Estado garantice una serie de mínimos, entre los cuales se hallan unos derechos irrenunciables como lo son la educación y el sustento⁵⁷⁶.

Por otro lado, si efectivamente el bien jurídico protegido fuera la propia institución familiar, carecería de sentido la ineficacia del perdón del ofendido en estos delitos a los efectos de la extinción de la acción penal o la pena, así como la específica previsión de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, medida ésta que en última instancia agudiza el distanciamiento entre el infractor y su círculo familiar⁵⁷⁷.

(3).- Adicionalmente, podríamos citar una tercera corriente de opinión que, siendo en parte complementaria de la ya expuesta, entiende que secundariamente este tipo de delitos protege también la *seguridad del menor*⁵⁷⁸. Esta teoría resulta no obstante igualmente descartable en tanto en cuanto la víctima no tiene por qué ser un menor en todo caso. Y es que, además de poder alcanzar también a la mujer, como se ha dicho, podría extenderse incluso a hijos mayores de edad o a incapaces o desvalidos. De ahí precisamente que el requisito de perseguibilidad del art. 228 prevea la posibilidad de denuncia por parte del Fiscal en esos tres concretos supuestos.

(4).- Sea como fuere, y entrando ya a en un análisis individualizado de los arts. 226 y 227, ambas figuras buscan proteger los mismos intereses, aunque desde prismas opuestos y con algunos matices que, como veremos, impiden la equiparación entre ambos tipos penales. En efecto, partiendo del hecho de que, como hemos dicho, el bien jurídico protegido reside en la seguridad de los miembros más débiles de la familia, mientras el art. 226, busca asegurar las necesidades básicas de esas personas cuando la familia se mantiene todavía (y en teoría) unida, el art. 227 persigue el aseguramiento de esas mismas carencias en casos de familias desestructuradas tras la separación de sus padres. En ambos casos, no obstante, el bien jurídico protegido seguirá siendo la *seguridad* de las víctimas.

⁵⁷⁶ DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. M^a., *Las figuras de abandono de familia en sentido estricto*, op. cit., pág. 24.

⁵⁷⁷ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, op. cit., pág. 19.

⁵⁷⁸ MORETÓN TOQUERO, M^a. A. *El abandono de familia y otros delitos contra los derechos y deberes familiares*, Bosch, 2001, Barcelona, pág. 8.

Así, el abandono de familia responderá a la obligación antes apuntada de falta de asistencia a los miembros integrantes de la institución familiar, pudiendo perfeccionarse tanto mediante (a) el incumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, como, (b) por la infracción del deber de asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de los miembros necesitados. Estamos así ante un delito de omisión del cumplimiento de determinados deberes legales de asistencia exigibles por el resto de los miembros de la familia. Especialmente si tenemos en cuenta que el propio art. 226 hace referencia al ya citado *estado de necesidad* de las víctimas, lo que sin duda alguna pone de manifiesto la voluntad del legislador de tutelar intereses esenciales para éstos.

Nuevamente, este precepto ha sido criticado por la doctrina, en el entendimiento de que supondría el reconocimiento de esta institución (la familia) como una categoría jurídica de Derecho público, constitutiva de núcleo y primer pilar de nuestra sociedad, cuando, sin embargo, no puede ser objeto de protección del Derecho penal respecto de todas sus relaciones internas, debiendo limitarse la injerencia a los deberes de asistencia y, muy especialmente, el de sustento, en conformidad con los principios de proporcionalidad e intervención mínima⁵⁷⁹. Sin embargo, como decimos, esa antedicha exigencia de los deberes de asistencia de los miembros de asistencia, realmente, busca más el aseguramiento de las necesidades básicas de éstos, que la perpetuación de la propia institución familiar.

Así lo viene entendiendo de hecho nuestra jurisprudencia, que aún a día de hoy sigue defendiendo que el delito de abandono constituye una infracción contra la libertad y seguridad en el sentido originariamente concebido por nuestro Código penal de 1973, sancionando, precisamente en virtud del principio de intervención mínima, únicamente aquellas dejaciones y abandonos graves o absolutos de los deberes básicos de cuidado, debiendo remitirse las esporádicas o menos graves a la legislación civil o

⁵⁷⁹ DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. M^a., *Las figuras de abandono de familia en sentido estricto*, op. cit., pág. 44.

administrativa⁵⁸⁰. O, dicho en palabras del Tribunal Supremo, únicamente cuando se constate la situación de *necesidad* que exige el tipo penal⁵⁸¹.

(5).- Por lo que respecta al delito de impago de pensiones, si seguimos la literalidad de la LO 3/1989, de 21 de junio, este ilícito fue introducido con la finalidad de dotar de protección penal de los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por parte del obligado a presentarlos⁵⁸². El tipo sanciona, así, la desobediencia a la resolución judicial en la que se hubiera acordado, si bien desde el particular punto de vista de asegurar, esta vez de forma más genérica que en el abandono de familia, los deberes de contribución a las necesidades familiares, con la peculiaridad antes referida de encontrarnos ahora con una situación familiar desestructurada. El problema lo encontramos, con la descripción contenida en el tipo, pues mientras el art. 226 es más claro al aludir expresamente al ya referido estado de *necesidad*, aquí la literalidad se refiere al mero impago de dos mensualidades consecutivas.

Las posiciones doctrinales más extremas sitúan el objeto de protección este delito en la vida, la salud, la integridad física o el bienestar de los beneficiarios de las pensiones⁵⁸³. Sin embargo, lo cierto es que éste no distingue entre el importe de las pensiones, ni hace

⁵⁸⁰ Vid. entre otras, SAP Navarra, Sección 2ª, de 19 de noviembre de 1998; también SAP Toledo, Sección 1ª, de 16 de febrero de 2008, SAP Zaragoza, Sección 3ª, de 1 de abril de 2004, y SAP Barcelona, Sección 2ª de 27 de julio de 2000; entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, vid. además STS de 15 de diciembre de 1998. Entre la jurisprudencia que venía defendiendo la protección de la seguridad como bien jurídico protegido, vid. SSTs de 14 de abril de 1988 y 30 de enero de 1989; por el contrario, a favor de la protección de la institución familiar, vid. STS de 6 de octubre de 1986.

⁵⁸¹ Vid. STS de 28 de mayo de 1998, que expresamente reconoce que no cualquier infracción de los deberes de asistencia servirá para colmar el tipo: “al definir la situación en la que se debe encontrar el sujeto pasivo, el legislador ha querido subrayar cuál es el elemento que determina el carácter criminal del incumplimiento (...) en realidad, la ley ha querido evitar de esta manera que la deuda civil proviene de los deberes de asistencia legalmente establecidos puede dar lugar a una pena del Derecho penal. Es decir, no se ha querido reemplazar la ejecución civil de una deuda por un procedimiento penal de ejecución. Es indudable que en un caso en el que la hija tiene reconocida una pensión por minusvalía, como consta en los hechos probados, y de la que no se ha podido establecer una situación de necesidad, no tiene el carácter de ‘necesitado’ que exige el título penal.”

⁵⁸² Vid. SALÀS DARROCHA, J. S. *El delito de impago de pensiones*, en *Sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales*, nº 10, Aranzadi, Pamplona, 2003, quien sitúa la tutela, yendo más allá, en el aseguramiento de los bienes básicos de los beneficiarios para evitar especiales perjuicios.

⁵⁸³ Vid. LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, op. cit., pág. 69, para quien el delito de impago de pensiones, “al igual que las restantes figuras de abandono de familia, se dirige a proteger la integridad personal de los beneficiarios de las prestaciones, entendida no sólo en el reducido alcance de su vida y salud física o psíquica, sino en el sentido más amplio del conjunto de condiciones – en este caso materiales – susceptibles de garantizarles una vida digna.” También MARTÍNEZ GARCÍA, A. S. *Comentarios al Código penal* op. cit., pág. 887, para quien con este delito no se está sancionando el mero incumplimiento de la obligación pecuniaria, sino más bien el desamparo familiar y el abandono de los deberes derivados del matrimonio y la paternidad.

la más mínima mención a la situación (precaria) de la víctima, bastando con el mero impago de dos meses para verse colmado el tipo, lo que a su vez podría llevarnos a entender que el bien jurídico protegido se inclina más hacia el mero incumplimiento de una obligación impuesta legalmente. En efecto, a diferencia de lo ya expuesto respecto del abandono familiar, la literalidad del art. 227 no parece exigir una situación específica de especial miseria del sujeto acreedor, pudiendo tener cabida así tanto las pensiones por alimentos como las meramente indemnizatorias, por lo que el bien jurídico protegido parece no centrarse tanto en la seguridad personal de los miembros familiares más débiles, aun cuando sin duda es ésta la finalidad primordial de su tipificación penal. Adicionalmente habría que incluir además el evidente interés estatal del cumplimiento de las resoluciones judiciales y el respeto al principio a la autoridad⁵⁸⁴.

Ahora bien, no es menos cierto que carecería de sentido pretender acudir al Derecho penal habida cuenta de posibles deficiencias en el ordenamiento civil, en este caso, por las posibles dificultades en hacer cumplir sus propias resoluciones. Máxime cuando teóricamente el Código civil cuenta con mecanismos para garantizar hasta cierto punto las prestaciones, pudiendo el juez *ex art.* 91 CC dictar las medidas oportunas en el orden personal y económico para asegurar la correcta disolución familiar. Por otro lado, si bien es cierto que este precepto ha sido criticado por suponer un injustificado resurgimiento de la denominada prisión por deudas, proscrita en el Derecho penal moderno⁵⁸⁵, tales reproches ya han sido claramente superados con el argumento de que la disposición contenida en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 diciembre 1966, no tenía por finalidad proscribir la tipificación penal de cualquier conducta que implicase el incumplimiento de deudas civiles, sino más bien evitar que la sola incapacidad económica para hacer frente a una deuda pudiera dar lugar a la privación de libertad⁵⁸⁶. A lo que bien podríamos añadir

⁵⁸⁴ MAGRO SERVET, V. *La casuística del impago de pensiones en el nuevo Código penal*, op. cit., que a su vez cita la SAP Soria de 10 de abril de 2003.

⁵⁸⁵ La prisión por deudas fue expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 Dic. 1966 (B.O.E. 30 Abr. 1977), que dispone literalmente que “*nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual*”, precepto que se integra en nuestro Ordenamiento Jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 10.2º y 96.1º de la Constitución Española según ha venido reconociendo expresamente la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo en multitud de sentencias (por todas, SSTs de 13 de febrero de 2001 y 18 de julio de 2006).

⁵⁸⁶ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, op. cit., pág. 19. En parecido sentido, Vid. también MARTÍNEZ GARCÍA, A. S., op. cit., pág. 888.

que jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo tiene reconocido desde hace tiempo que el delito de impago de pensiones exige la concurrencia de una deliberada actitud por parte del sujeto activo de desobediencia y abandono de las obligaciones familiares, con conciencia y voluntad firme, decidida, clara y renuente de dejar de pagar la prestación periódica preestablecida. Dicho en otras palabras, debe de acreditarse que el presunto autor deja de cumplir la prestación asistencial sabiendo que no lo hace y queriendo abstenerse de cumplirlo, voluntariedad que resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la misma⁵⁸⁷.

Estamos por tanto, no ante un tipo penal que sancione propiamente el impago de una deuda, sino ante un delito cuya esencia radica en la deliberada omisión por parte del acusado de la obligación de asistencia que le incumbe frente a determinadas personas en atención a las peculiares relaciones con las mismas y que detentan una cualidad que sobrepasa el concepto de acreedor civil⁵⁸⁸. Ahora bien, el problema que plantea este ilícito reside no tanto en la denominada prisión por deudas, sino en su idoneidad habida cuenta de que no exige ningún tipo de situación de especial necesidad por parte de la víctima que justifique esa *seguridad*. De tal forma que, cualquier incumplimiento de una prestación económica de las previstas en el art. 227 podría dar lugar a la consumación del delito⁵⁸⁹. Sin embargo, lo cierto es que el objeto de protección no puede limitarse en lo meramente crematístico, ni quedarse tampoco en la simple desobediencia de la resolución judicial.

En efecto, la interpretación teleológica que exige el tipo penal, habida cuenta del Capítulo y el Título al que pertenece, así como del bien objeto de protección, nos lleva a sumarnos a las posturas fijadas por distintas Audiencias Provinciales, que en algunas de sus resoluciones han llegado a afirmar que el delito tipificado en el art. 227 CP “tanto por su literalidad, como por su ubicación en el CP, se trata de una especie de abandono de familia y, como tal, de un delito contra la seguridad de las personas, en el que se trata de otorgar máxima protección a quienes en crisis matrimoniales padecen las

⁵⁸⁷ Vid. SSTS de 28 de julio de 1999, 8 de julio de 2002, 8 de noviembre de 2005 o 28 de noviembre de 2007. En concreto, la STS de 13 de febrero de 2001 exige en relación con el delito de impago de pensiones “la concurrencia, en este caso de omisión dolosa (art. 12 CP), del conocimiento de la obligación de pagar y de la voluntariedad en el impago; voluntariedad que resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida.”

⁵⁸⁸ MAGRO SERVET, V. *La casuística del impago de pensiones en el nuevo Código penal*, op. cit.

⁵⁸⁹ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, op. cit., pág. 67.

consecuencias de la insolidaridad del obligado a las prestaciones”⁵⁹⁰, de tal modo que, v. gr., “cuando la compensación compensatoria cumple funciones de alimentos (o la parte de ella que los cumpla), merecerá la misma protección de éstos, entre ellas la penal. Pero cuando no las cumpla, o en la medida en que no lo haga, su naturaleza será la de un crédito ordinario, no natural ni cualificado, cuya protección no puede superar ciertos límites. (...) la protección del cumplimiento de un crédito ordinario, cuando se hace mediante amenaza de una pena, y más si es privativa de libertad, resulta una medida desproporcionada desde el punto de vista constitucional.”⁵⁹¹

Como decíamos más arriba, el delito de impago de pensiones no es sino, en definitiva, una versión particular del delito de abandono de familia, en el sentido de que, si bien en un caso hablamos de un núcleo familiar aún unido, éste se encuentra ya roto. Ahora bien, la finalidad de los tipos penales son en ambos casos coincidentes, en el sentido de proteger siempre a los miembros más desprotegidos de modo que tengan garantizado el nivel mínimo de asistencia traducido en términos tales como alimentos educación y, en definitiva, cualesquiera otras necesidades básicas.

Un correcto entendimiento del tipo exige por tanto una equiparación sustancial entre el impago de pensiones y el abandono de familia, excluyendo por tanto de la tipicidad, v. gr., a aquellos beneficiarios que dispongan de medios suficientes para subsistir. Así parece haberlo asumido, de hecho, el Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de 13 de febrero de 2001, al reconocer que “en definitiva (el delito de impago de pensiones) se trata de una modalidad típica del ‘abandono’ de familia.”

Tal circunstancia – la determinación de la *necesidad* de los miembros desprotegidos como bien jurídico protegido – es precisamente la que impide situar al art. 227, en el sentido apuntado por ciertos sectores doctrinales, más ante un delito contra la

⁵⁹⁰ Vid., entre otras muchas SSAP de Sevilla de 11 de noviembre de 1993, 29 de octubre de 1994 y de 16 de enero de 1997; SAP de Madrid, de 24 de septiembre de 2007 SAP de Vizcaya de 23 de enero de 2008; o, más recientemente, SAP de Burgos de 18 de enero de 2011.

⁵⁹¹ SAP Cantabria, de 3 de marzo de 2000, que ampliando su tesis sobre la interpretación constitucional del tipo añade además que efectivamente “cabe una interpretación constitucional del mismo, que entienda por prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, sólo las cualificadas del orden natural, identificables en última instancia con la prestación de alimentos. En este sentido, la expresión cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge, a que alude el art. 227 CP, debe ser interpretada en el contexto de los deberes cuya protección propugna el precepto (que son sólo los familiares) y del fin que persigue la norma (impedir una situación de abandono, identificable con una carencia de lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación).”

Administración de Justicia que ante un delito de familia⁵⁹², con la particularidad de que se pretendería además el aseguramiento de determinados deberes de carácter material en el ámbito estrictamente familiar⁵⁹³. Así como tampoco, entre los delitos de estafa, alzamiento de bienes o, sobre todo, de desobediencia, entre los que igualmente ha sido equiparado en alguna ocasión⁵⁹⁴.

§ XII. 3. - Análisis de la perseguibilidad privada en los delitos contra las relaciones familiares

(1).- En la medida en que los tipos descritos, tanto en el art. 226 como en el 227, tienen por objeto la protección de bienes que efectivamente afectan a bienes jurídicos auténticamente esenciales, estando reservada la jurisdicción penal para los atentados más graves, la limitación de la perseguibilidad del mismo carece de sentido, debiendo perseguirse directamente de oficio. Peor aún, incluso admitiendo como mera hipótesis la tesis doctrinal antes descartada, conforme a la cual la razón última de ambos delitos sería la protección de la institución familiar, tampoco sería posible admitir la privacidad de los mismos, por encontrarnos ante una cuestión que debería quedar al margen de la protección penal, debiéndose proteger ambas cuestiones exclusivamente en el marco de la jurisdicción civil⁵⁹⁵. De hecho, en tal caso esta medida sería incluso absolutamente recomendable en aras a evitar la utilización de este tipo de procedimientos con fines meramente pecuniarios y como medida de presión para obtener los alimentos debidos y no abonados.

⁵⁹² Vid. SALÀS DARROCHA, J. S. *El delito de impago de pensiones*, op. cit., para quien este delito podría confrontarse incluso con el atentado contra la autoridad del art. 556, si bien parece más lógico hacerlo efectivamente con el de quebrantamiento de condena del art. 468.

⁵⁹³ No obstante, la vinculación entre el delito de impago de pensiones con el delito de quebrantamiento de condena del art. 468 ha sido rechazada por algunos autores alegando, de un lado, que a diferencia de éste, el delito de impago de pensiones protege intereses meramente individuales al reconocerse en el mismo precepto que el daño ocasionado es el impago de un determinado número de cantidades impagadas, y, de otro, que las penas de uno y otro ilícito son bien distintas, siendo más grave el delito contra la Administración de Justicia que el otro. Vid. LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, op. cit., pág. 62.

⁵⁹⁴ DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*, (Dir. BAJO FERNÁNDEZ, M.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pág. 328.

⁵⁹⁵ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a. *Las figuras de abandono de familia en sentido estricto*, op. cit., pág. 186.

Tradicionalmente, la doctrina científica viene entendiendo que la dependencia de la persecución del delito de abandono de familia parecía descansar, a diferencia de lo que ocurría con los ilícitos estudiados hasta ahora, en la idea de favorecer en la medida de lo posible las reconciliaciones en el seno de la misma, denominadas por algunos autores razones de oportunidad o conveniencia familiar⁵⁹⁶. Se pretendía conciliar la convivencia de no intervenir en situaciones conflictivas propias de la esfera familiar, otorgando al agraviado o a su representante legal la posibilidad de ostentar cierto control sobre la intervención del Estado en este tipo de situaciones⁵⁹⁷.

Por otro lado, los partidarios de la perseguibilidad de estos ilícitos a instancias del agraviado parten también de la base de la intervención estatal debiera reducirse a los supuestos de auténtica necesidad en que hubiera quedado cegada toda posibilidad de arreglo extraprocésal, lo que justificaría la exigencia de denuncia y eficacia del perdón. De tal forma que una intervención represiva del aparato estatal, por grave que sea la conducta, cuando los interesados ya han alcanzado un arreglo, redundaría en perjuicio de la propia institución familiar a proteger, así como de la intimidad de los afectados⁵⁹⁸. La finalidad era la de evitar, por tanto, que el procedimiento judicial no pudiera convertirse en ningún caso en un obstáculo para la reconciliación familiar, razón por la cual, y en el sentido ya apuntado, en el anterior Código de 1973 tenía eficacia el perdón del ofendido⁵⁹⁹.

Ahora bien, los principios de intervención mínima y proporcionalidad nada tienen que ver con la utilización Derecho penal con fines reconciliadores, sino más bien de evitar

⁵⁹⁶ Vid. POLAINO NAVARRETE, M. *El abandono de familia en el Derecho penal español*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, pág. 417. PRATS CANUT, J. M. *Comentarios a la parte especial del Derecho penal* (Dir. QUINTERO OLIVARES, O., Coord. MORALES PRATS, F.), 8ª Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 502. Vid. además STS de 30 de enero de 1989. En idéntico sentido se ha pronunciado además la jurisprudencia menor, vid. por todas SAP de Burgos, de 18 de marzo de 2006, y SAP de Barcelona, de 8 de marzo de 2005, que señalan que “Los delitos de abandono de familia, menores e incapaces siguen teniendo en el CP de 1995 el carácter de semipúblicos, ya que por razones de oportunidad y de conveniencia familiar, no cabe que sean perseguibles de oficio.”

⁵⁹⁷ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. Mª. *Las figuras de abandono de familia en sentido estricto*, op. cit., pág. 186. Vid. también BELLO LANDROVE, F. *La familia y el Código penal español*, op. cit., pág. 397, para quien la privatización de este delito se justifica en el deseo de no hacer del delito un elemento perturbador de la intimidad y capacidad de reacción de la familia.

⁵⁹⁸ DEL MORAL GARCÍA, A. *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, op. cit., pág. 69.

⁵⁹⁹ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. Mª. *Las figuras de abandono de familia en sentido estricto*, op. cit., pág. 22. Vid. también BELLO LANDROVE, F. *La familia y el Código penal español*, Montecorvo, Madrid, 1977, pág. 397, para quien quizás una moderada descriminalización de los delitos contra la familia, y el inevitable reconocimiento de un principio de oportunidad en la acusación, fueran un adecuado temperamento de la persecución penal a instancia de parte.

situaciones de verdadero desamparo y necesidad de los miembros familiares más endeble, por lo que el argumento referido carece de consistencia. Máxime cuando aquí, los dos delitos contra los derechos y obligaciones familiares estudiados parten de una acreditada descomposición de la unidad familiar. En el primer caso, art. 226, por abandono literal de la familia e inasistencia de los miembros más débiles y, en el del art. 227, porque es inobjetable que en tal caso es precisamente la previa disolución legal familiar la que ha impuesto la prestación económica mediante convenio o resolución judicial. Llegados a ambos extremos, carece de sentido hablar de intereses familiares, sino más bien de los de los particulares de aquellos miembros más débiles que han quedado desatendidos o en situación de necesidad una vez disuelta la unidad familiar.

De admitirse dicha tesis partidaria de la reconciliación familiar, lo mismo podría decirse además respecto de los demás delitos contra las relaciones familiares previstos en el Título XII o, incluso, de los casos de delitos de violencia física o psíquica dentro del ámbito familiar previstos en el art. 173. Probablemente, estos últimos casos implican una conducta y una lesión mucho más grave que el mero abandono familiar, lo que justificaría su persecución pública. No obstante, no es menos cierto que en muchos casos una posible reconciliación tendría muchos más visos de prosperar en estos últimos supuestos, donde aún no se ha disuelto la unidad, pero no en los primeros, al menos en lo que al impago de pensiones se refiere, donde la descomposición es ya una realidad.

En este sentido, es ilustrativa la opinión del Consejo General del Poder Judicial, quien en su Acuerdo del Pleno de 21 de marzo de 2001, sobre la Violencia de Género en el ámbito familiar, destacaba la conveniencia de trasladar a la jurisdicción civil las infracciones leves o faltas relativas a la violencia doméstica, potenciando además mecanismos alternativos de resolución de conflictos – mediación –, cuando las circunstancias personales, familiares y sociales concurrentes aconsejasen y permitiesen el mantenimiento de la relación. Si el enfoque que pretende darse a este tipo de conflictos es el de una simple cuestión familiar – siempre que no nos encontremos ante supuestos graves –, sin duda alguna sería recomendable derivarlos siempre a este ámbito. Ahora bien, cuando los atentados contra las víctimas comprometen realmente la seguridad de los miembros más débiles, sin duda alguna la intervención punitiva del Estado, criminalizando sin condiciones los atentados considerados más lesivos, está más que justificada.

Así, la jurisdicción civil gozaría de una primera intervención, tanto como medio de resarcimiento de los daños causados, o incluso como vía de salvaguardar la unidad familiar, salvo que los hechos estuviesen descritos en las normas penales. En tal caso nos encontraríamos ante verdaderos hechos violentos, que trascenderían los meros intereses familiares, alcanzando bienes jurídicos de mucho más calados y merecedores de una reacción punitiva más contundente.

(2).- Tal tratamiento es, como no podría ser de otro modo, extensible también al delito de impago de pensiones habida cuenta de la interpretación que exige el tipo, al sancionar conductas que únicamente pudieran afectar a la situación de necesidad de las víctimas. De tal modo que, mientras la legislación civil quedaría reservada para incumplimientos ordinarios de escasa entidad, la vía penal sería la idónea para sancionar aquellas otras conductas que alcanzasen las necesidades básicas de aquéllas. Al inferirse – implícitamente, conforme a la ya antedicha interpretación teleológica – la acreditación de algún tipo de situación de urgencia o necesidad por parte de los miembros débiles, el art. 227 resulta perfectamente equiparable con la situación prevista en el art. 226, por lo que la intervención del *ius puniendi* encuentra plena justificación sin la interposición de previa denuncia privada.

Efectivamente, tanto el abandono de familia como el impago de pensiones constituyen normas a concretarse conforme al Código civil, que ya contempla los deberes legales de asistencia en su art. 154 – velar por los hijos, tenerlos en su compañía, velarlos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes, y aun cuando los padres no ostenten la patria potestad, continúan obligados a velar por ellos y a prestarles alimentos (art. 110) –; los deberes inherentes a la tutela, en el art. 269 – velar por el tutelado, procurarle alimentos, educarlos y facilitarle una formación integral, promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad, informar al juez de la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración; y, los relativos al acogimiento familiar – velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral (art. 173) –. Sin embargo, la tipificación penal de ambas conductas vendría justificada en los supuestos más graves de tales incumplimientos, esto es, en los

que exista cierto riesgo real para las víctimas por abandono grave con absoluto descuido de los deberes básicos de cuidado.

(3).- Por último, no podemos dejar pasar aquí la oportunidad de señalar determinadas incongruencias que redundarían, aún más, si cabe, en la necesidad de eliminar tal requisito de perseguibilidad en este tipo de ilícitos. En primer lugar, porque éste devendrá en pocas ocasiones abiertamente inocuo, pues no puede perderse de vista que, dadas las particulares características de los sujetos pasivos que – al menos en muchas ocasiones – podrían verse afectados, por lo general menores de edad, incapaces o desvalidos, el Ministerio estará, no ya facultado, sino obligado a actuar. Es por ello, por lo que esta particular limitación carecerá de sentido, dada la clara vocación del tipo penal de proteger a los miembros más indefensos de la familia.

En segundo lugar, es cierto que por algunos autores ha sido aplaudida, en cambio, la ineficacia del perdón del ofendido a fin de evitar que este tipo de procedimientos pueda ser utilizado de forma coactiva, bien para impedir poder inducir al infractor a cumplir con el deber incumplido⁶⁰⁰, bien para reforzar la posición de uno de los litigantes en el seno de un procedimiento civil de separación o de divorcio. No podemos compartir sin embargo esta tesis. De un lado, porque ese mismo argumento, esto es, la utilización de la denuncia como mero chantaje, podría utilizarse respecto de todos los delitos en el Código penal, pese a lo cual unos otorgan eficacia al perdón del ofendido y otros no. De otro, porque en caso de ser manifiestamente la denuncia presentada, así como de acreditarse los fines espurios con que fue presentada, tal ilícita actuación sería subsumible en un delito de denuncia falsa, y como tal debiera ser perseguido y sancionado.

(4).- En último lugar, entendemos inevitable hacer siquiera una breve referencia a la indiscutible contradicción que existe entre este requisito con el tenor del art. 103 LECrim.⁶⁰¹, que prohíbe tajantemente el ejercicio de acciones penales entre

⁶⁰⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *Consideración jurídico penal del, así llamado, abandono de familia*, op. cit., pág. 108.

⁶⁰¹ Art. 103 LECrim.: “Tampoco podrán ejercitar acciones entre sí:

1. Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos y por el delito de bigamia.
2. Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros.”

ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges a no ser por hechos cometidos los unos contra las personas de los otros y además, en el caso de los cónyuges, contra las personas del otro o la de sus hijos o por delito de bigamia.

Evidentemente, la doctrina se ha posicionado a favor del requisito de perseguibilidad del art. 228 por razones sistemáticas y materiales. En primer lugar, porque al amparo de los arts. 24 de nuestra Constitución y 2.2 y 3.1 del Código Civil y en la línea expresada por el Tribunal Constitucional de favorecimiento de derechos, una interpretación sistemática del precepto indicado permite extender la excepción prevista, no sólo a los delitos contra las personas – Título VIII del Libro I –, sino también a aquellos supuestos que incidan sobre bienes de la personalidad, como los ataques contra el honor, honestidad, seguridad o libertad, entre los que cabría incluir el de impago de pensiones. Por otro lado, porque dicha limitación se basa en el intento de evitar enfrentamientos en el seno familiar en búsqueda de valores como la concordia, que perfectamente puede descartarse en el contexto de la disolución de la unidad familiar. Por esta razón se entiende que la legitimación de para la interposición de denuncia la ostentan precisamente los beneficiarios de la pensión en cuestión⁶⁰².

§ XII. 4. - Conclusiones

(1).- La necesidad de denuncia por parte del agraviado, tanto en el delito de abandono de familia como en el de impago de pensiones, surge con posterioridad a la criminalización de ambas conductas por el Derecho penal. Aunque el abandono fue reconocido, por vez primera, en la redacción de la Ley de 12 de marzo de 1942, que vino a criminalizar “el delito de abandono de familia o incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”, y que posteriormente sería incorporada al Código penal de 1944, el requisito de perseguibilidad no fue introducido hasta la reforma de 1963. Por su parte, el delito de impago de pensiones fue incorporado *ex novo* al anterior Código penal a partir de la reforma operada por la LO 3/1989 – art. 487 bis –, si bien el sometimiento de dicho ilícito a algún tipo de condición de perseguibilidad no tuvo lugar hasta la entrada en vigor del vigente Código de 1995.

⁶⁰² SALÀS DARROCHA, J. S. *El delito de impago de pensiones*, op. cit.

(2).- Ambos tipos penales buscan proteger los mismos intereses, aunque desde prismas opuestos. Mientras el art. 226, busca asegurar las necesidades básicas de esas personas cuando la familia se mantiene todavía (y en teoría) unida, el art. 227 persigue el aseguramiento de esas mismas carencias en casos de familias desestructuradas tras la separación de sus padres. En ambos casos, no obstante, el bien jurídico protegido seguirá siendo la *seguridad* de las víctimas, estando reservado en cualquier caso el procedimiento penal para aquellos casos de especial gravedad en atención a los principios de proporcionalidad e intervención mínima.

El delito de abandono de familia es, desde esta perspectiva, mucho más explícito, al exigir su literalidad una situación de “necesidad” en la que se constate la afectación de las necesidades básicas de los miembros más débiles. Es precisa por tanto la constatación de una dejación o abandono grave o absoluto de los deberes esenciales de cuidado, debiendo remitirse las esporádicas o menos graves a las legislaciones civiles o administrativas.

En cuanto al delito de impago de pensiones, aun cuando el art. 228 parece limitarse al impago de dos mensualidades de cualquier tipo de prestación económica – pudiendo dar cabida, en principio, tanto a las pensiones por alimentos como a las meramente indemnizatorias –, habida cuenta de los intereses que pretende proteger – seguridad de los miembros más débiles –, ha de ser necesariamente interpretado en el mismo sentido que el art. 226. En efecto, dada la imposibilidad de acudir al Derecho penal para salvar las posibles deficiencias del procedimiento civil, de las posibles dificultades en dotar de efectividad sus resoluciones, o, peor aún, de proteger intereses meramente crematísticos, una coherente interpretación del tipo penal pasará necesariamente por equiparar dicho impago con la modalidad típica del “abandono” de familia. Así, únicamente cabrá sancionar en sede penal, no el impago de cualquier crédito ordinario, sino únicamente los ataques contra miembros más desprotegidos que puedan poner en peligro un nivel mínimo de asistencia traducido en términos tales como alimentos, educación y, en definitiva, cualesquiera otras necesidades básicas.

(3).- En la medida en que ambos tipos penales tienen por objeto la protección de intereses que efectivamente afectan a bienes jurídicos auténticamente esenciales desde

el punto de vista de la subsistencia, la limitación de la perseguibilidad del mismo carece de sentido, debiendo perseguirse directamente de oficio. Dada la especial vulnerabilidad del colectivo que tales figuras pretenden proteger – miembros más desprotegidos de la familia –, la intervención del Ministerio Fiscal está absolutamente justificada, más allá de los típicos supuestos en los que se vean afectados menores, incapaces o desvalidos.

Por otro lado, resulta improcedente la actual dependencia de la persecución privada de estos ilícitos sobre la base de ninguna pretendida voluntad de favorecer posibles reconciliaciones o unidad familiar. De un lado, porque el Derecho penal poco o nada tiene que ver con tales fines reconciliadores, sino más bien con la necesidad de evitar, o castigar, situaciones de verdadero desamparo y necesidad; y, de otro, porque el objeto de protección, más allá de la institución familiar en sentido abstracto – que de hecho estaría en fase de avanzada desestructuración en el caso del art. 226, y de acreditada descomposición en el del art. 227 –, reside en realidad en las necesidades y derechos individuales de los miembros más débiles.

Es más, incluso admitiendo como mera hipótesis que la razón última de ambos delitos sería la protección de la institución familiar, tampoco sería posible admitir la privacidad de los mismos, por encontrarnos ante una cuestión que debería quedar al margen de la protección penal, debiéndose proteger exclusivamente en el marco de la jurisdicción civil. En este caso, tal medida sería incluso absolutamente recomendable en aras a evitar la utilización de este tipo de procedimientos con fines meramente pecuniarios y como medida de presión para obtener los alimentos debidos y no abonados.

(4).- En último lugar, la ineficacia del perdón del ofendido, entendida como forma de evitar que este tipo de procedimientos pueda ser utilizado de forma coactiva, bien para inducir al infractor a cumplir con el deber incumplido, bien para reforzar la posición de uno de los litigantes en el seno de un procedimiento civil de separación o de divorcio, carece igualmente de sentido. De un lado, porque para el caso de ser manifiestamente falsa la denuncia presentada, o espurios los fines con que fue presentada, tal ilícita actuación sería subsumible en un delito de denuncia falsa. Adicionalmente, porque ese mismo “chantaje” podría producirse igualmente mediante la mera amenaza de denunciar tales hechos *ab initio*. En efecto, al ser hechos perseguibles únicamente a instancias del

particular, éste podría utilizar su privilegiada situación y especial disposición para amenazar con iniciar el procedimiento de no verse satisfechas sus ilícitas pretensiones.

CAPÍTULO XIII.- DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y LOS CONSUMIDORES

§ XIII. 1. - *Antecedentes histórico-legislativos*

(1).- El Código de 1995 fue el primero en dotar de protección penal expresa al mercado y los consumidores mediante la incorporación, en su Sección 3ª del Capítulo XI, de varias figuras delictivas tendentes a proteger penalmente estos intereses. Aun cuando su vocación era la de erigirse en un auténtico capítulo de delitos contra el mercado, los consumidores y la libertad de la empresa, la interpretación de estos tipos plantea no pocos problemas de aplicación, debido a circunstancias tales como los conflictos derivados de cierta criticable inclinación del legislador por limitarse a trasladar al Derecho penal meros conceptos de otras ramas, pero sin delimitar claramente la frontera entre el ilícito penal y el civil, mercantil o administrativo, o por la inclusión de determinados delitos – como los de uso ilícito de información privilegiada del art. 285 – difícilmente perseguibles en la práctica, como lo acredita la escasa jurisprudencia existente, especialmente en casos de condenas.

Pese a todo, la incorporación de la referida Sección 3ª supuso el primer esfuerzo legislativo de estas características, probablemente bajo la influencia de precedentes a nivel europeo, como la recomendación nº 15 adoptada por el Comité de Juntas de los Estados miembros, de 24 de septiembre de 1982, sobre el papel del Derecho penal en la protección de los consumidores⁶⁰³. Así, partiendo de la base de que el anterior Código penal de 1973 no incluyó en ningún momento un capítulo específico relativo a los delitos contra los consumidores y usuarios, uno de los precedentes más recientes lo

⁶⁰³ Fundamentalmente, el referido Comité planteó sancionar criminalmente las siguientes conductas: (i) incriminaciones resultantes de los procesos y de las condiciones de venta de bienes y oferta de servicios tales las infracciones relativas a la publicidad (publicidad falsa y prohibida), relativas al crédito al consumo (usura), relativas a las ventas agresivas (envío obligado, regalos, etc.); (ii) incriminaciones resultantes del carácter peligroso de los servicios ofrecidos o de los productos puestos a la venta, o del carácter alterado o falsificado de los mismos (falta de seguridad de los transportes o de las salas de espectáculo, productos peligrosos o falsificados, etc.); (iii) infracciones relativas al precio (falta de anuncio de los mismos, ventas comerciales sin factura o a precio superior al autorizado, etc.); (iv) prácticas ilícitas en el ámbito inmobiliario; y (v) infracciones relativas al rechazo o rehusamiento de la contratación (acaparamiento, especulación sobre los stocks, etc.). Más ampliamente, vid. de VEGA RUIZ, J. A. *Los delitos contra el consumidor en el Código penal de 1995*, Colex, Madrid, 1996, pág.67 y ss.

encontramos en el proyecto del Código penal de 1992 que contemplaba muchas de las figuras posteriormente recogidas entre los actuales delitos relativos al mercado y los consumidores. Conforme a la exposición de motivos de dicho proyecto, la inclusión de estos nuevos delitos encontraba su justificación en la necesidad de criminalizar determinadas conductas que trascendieran igualmente el ámbito administrativo y que, por su gravedad, debieran verse contempladas en cualquier caso en el Código penal.

Cabe señalar además que, al igual que sucediera con otros delitos ya estudiados, esta Sección 3ª no regula todos los delitos que pueden afectar a los consumidores y usuarios, existiendo en nuestro Código penal otras muchas figuras que, aun de forma indirecta, pueden atentar igualmente contra este colectivo. Probablemente el caso más ilustrativo sea el de los delitos contra la salud pública de los arts. 359 y ss., aunque lo mismo podría decirse respecto de algunos delitos de carácter patrimonial, como podría suceder en algunos casos de estafa – art. 248 – o apropiación indebida – art. 252 –, especialmente en casos de múltiples afectados.

(2).- Entrando ya en el estudio del requisito de perseguibilidad privada exigido por este tipo de delitos, teniendo en cuenta que éste es un capítulo de nueva incorporación, no es posible encontrar precedentes anteriores a 1995. Varios de los delitos recogidos en este apartado sí aparecían regulados, si bien con ciertas particularidades, en el anterior Código penal, como el delito de descubrimiento y revelación de secretos de empresa, cuyo precedente pudiera situarse en el antiguo art. 499⁶⁰⁴; o los delitos contra la propiedad intelectual o industrial de los arts. 534 y ss., que si bien no entran dentro de la Sección 3ª sí pertenecen al mismo Capítulo XI y estuvieron condicionados en un primer momento a la interposición de previa denuncia privada; también podemos destacar los artículos 540 ó 541 que sancionaban las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, cuya correspondencia la encontramos actualmente en los arts. 281 y 284, fundamentalmente. Sin embargo, y a pesar de existir este tipo de precedentes, hasta la entrada en vigor de nuestro Código penal no se estimó nunca necesario condicionar la persecución de estos ilícitos a la voluntad del ofendido o agraviado.

⁶⁰⁴ Art. 499 CP 1973: “El encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que en perjuicio del dueño descubriere los secretos de su industria será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.”

(3).- Ahora bien, más que la novedosa privacidad de estos delitos adquirida con el Código penal de 1995, mucho más relevantes y esclarecedoras resultan las dos importantes reformas acaecidas con posterioridad, que paulatinamente han venido restringiendo el ámbito de aplicación de este requisito de perseguibilidad. Inicialmente, es decir, la redacción original del art. 287 dada por el Código penal de 1995, afectaba tanto a los delitos contra los consumidores y usuarios como a los relativos a la propiedad intelectual e industrial, al decir literalmente, en su apartado primero, que “para proceder por los delitos previstos en los artículos anteriores del presente capítulo (XI) será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales”. Sin embargo, con la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, dicho requisito de perseguibilidad pasó a restringirse únicamente a “los delitos previstos en la sección 3ª de este capítulo”, dejándose fuera por tanto los que afectaban a la propiedad intelectual e industrial.

Tal modificación resulta de gran importancia a los efectos que aquí nos ocupan. En primer lugar, porque como veremos a continuación, mientras los delitos contra los consumidores y usuarios buscan la protección de bienes supraindividuales, los arts. 270 pretenden salvaguardar intereses de exclusiva titularidad del autor – los derechos de propiedad intelectual o industrial de sus titulares –, que es precisamente la característica que viene justificando en mayor medida la imposición de este requisito. Adicionalmente, porque si hacemos un repaso a la jurisprudencia acaecida desde la entrada en vigor del Código de 1995 en relación con los requisitos de perseguibilidad privada, veremos que gran parte de ellas fueron dictadas precisamente en relación con los derechos de propiedad intelectual, dando lugar a una importante controversia habida cuenta de las dificultades suscitadas a la hora de perseguir estas conductas. En efecto, por lo general, muchas de resoluciones terminaban rechazando la persecución de los delitos contra la propiedad en supuestos de piratería precisamente por inexistencia de denuncia por parte del titular de los derechos de autor, al haber sido denunciados los hechos por alguna sociedad o asociación de gestión – v. gr., SGAE, AFYVE – en vez de por el titular individual⁶⁰⁵. De tal modo, que los problemas que planteó precisamente la

⁶⁰⁵ Efectivamente, entre la jurisprudencia menor son múltiples las resoluciones que podemos encontrar en este sentido. Vid., entre otras tantas, SAP Barcelona, Sección 5ª, de 9 de marzo de 2006; SAP Granada, Sección 2ª, de 21 de abril de 2005; SAP Huelva, Sección 1ª, de 3 de mayo de 2005, SAP de Madrid sec. 23ª de 10 de julio de 2002, o la SAP de Castellón sec 2ª de 1 de abril de 2003. No obstante, existía una línea jurisprudencial opuesta que admitía la legitimación de aquéllas para denunciar estas conductas,

perseguibilidad privada de estos ilícitos fueron los que empujaron a la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEMP), organismo de carácter autónomo del Ministerio de Industria Turismo y Comercio, a plantear la necesidad de eliminar este requisito a fin de lograr una mejor eficacia en la lucha contra este tipo de fraudes, traducida previsiblemente en un aumento considerable de las incautaciones de mercancías de productos fraudulentos.

En concreto, su finalidad se encuadró en el marco de la Comisión Interministerial de lucha contra la piratería, encaminada al reforzamiento de la protección de los derechos de propiedad industrial y a su equiparación, en cuanto al tratamiento legal, respecto de los derechos de autor y afines. Por ello, dicha reforma introdujo modificaciones añadidas tales como el agravamiento de las penas atendiendo a la especial trascendencia del beneficio indebidamente obtenido, la especial gravedad de los hechos, la pertenencia del culpable a organizaciones o asociaciones con finalidades delictivas respecto de derechos de propiedad industrial y, especialmente, la utilización de menores en la comisión de estos delitos; adicionalmente, la reforma hacía posible también la destrucción de mercancías intervenidas al abrir la posibilidad de la destrucción de aquellas mercancías respecto de las cuales era evidente que se había producido una vulneración de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

(4).- Posteriormente, la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, limitaría esta exigencia aún más dejando fuera también a los delitos de los arts. 284 y 285. En contra de lo que sucedía en el caso anterior, aquí veremos que el bien jurídico protegido es claramente supraindividual, trascendiendo por tanto los interés exclusivos del particular, si bien son claras aquí también las limitaciones de los tipos penales para perseguir estas conductas, a la vista de la escasa jurisprudencia existente, especialmente en los casos de los citados delitos bursátiles.

Son evidentes, por tanto, los progresivos ajustes que están recibiendo los delitos contemplados en el Capítulo XI del Título XII, tendentes siempre a la *desprivatización* de algunos de los tipos que en origen sí exigían interposición de previa denuncia del agraviado. Todo ello, pese a que, paulatinamente, y también a través de las reformas

pudiendo citarse a título de ejemplo la SAP de Badajoz, Sección 1ª, de 16 de abril de 2004; SAP Madrid, Sección 1ª, de 2 de junio de 2005; o AAP de Madrid, Sección 23ª, de 11 de septiembre de 2003.

antes citadas, el abanico de delitos incluidos en dicho apartado no deja de crecer con las continuas reformas que viene sufriendo nuestro Código penal de forma constante, tal y como se puede observar, de entrada, con la acaecida en el año 2010, que incluye nuevos artículos que se encuentran afectados por el requisito del art. 287, como la referida en el art. 282 bis, que sanciona a aquellos “administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, (que) falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio”; así como otros nuevos a los que no alcanzaría tal limitación, como sucede con la ampliación del art. 284 a los siguientes tres supuestos: los que “1º empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiese corresponderles por otros delitos cometidos”, los que “2º Difundieren noticias o rumores, por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas se ofrecieren datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad”, y, a quienes “3º Utilizando información privilegiada, realizaren transacciones o dieran órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o se aseguraren utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales”; o, quizás más importante, con la inclusión de la nueva sección 4ª (art. 286 bis), denominada “corrupción entre particulares”, que condena, a “1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la

contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja”, así como a “2. (...) el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.”⁶⁰⁶.

§ XIII. 2. - Pluralidad de bienes jurídicos: intereses del empresario, de los consumidores y buen funcionamiento del mercado

(1).- Bajo la rúbrica del Título XIII – “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico” – encontramos delitos muy variados, tanto en cuanto a la dinámica comisiva, como en cuanto a los intereses económicos que el Derecho penal pretende proteger. En primer lugar, nos encontramos con intereses patrimoniales en sentido estricto, de corte individual, como lo son la propiedad, la posesión o algunos derechos reales y obligaciones⁶⁰⁷; y, en segundo término, con intereses de índole social o supraindividual, como el orden socioeconómico.

Mientras los delitos contra el patrimonio son infracciones de una clara raigambre histórica, que cuentan además con un antecedente inmediato en los “delitos contra la propiedad” contemplados en el Título XIII del Libro II del Código penal de 1973, los delitos contra el orden socioeconómico lo conforman figuras de mucha menor tradición

⁶⁰⁶ La incorporación de estas dos nuevas figuras delictivas relativas al ámbito financiero de las empresas, según la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010, vino motivada por la Directiva 2003/06 del Consejo, de 28 de enero, sobre las operaciones de información privilegiada y manipulación del mercado.

⁶⁰⁷ Vid. en este sentido GONZÁLEZ RUS, J. J. *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 429, que distingue entre (a) una *concepción jurídica*, donde la denominación de *patrimonio* es preferible a la de *propiedad*, que engloba los derechos subjetivos patrimoniales de la persona, ya sean reconocidos por el derecho público o por el derecho privado, dejándose fuera por tanto las expectativas o aquellos pretendidos derechos no reconocidos jurídicamente; (b) una *concepción económica*, donde prima el valor económico, en la que dichas expectativas sí podrían tener encaje en el patrimonio del titular; y (c) una *concepción mixta*, resultado de la combinación de las dos anteriores que incluye sólo aquellas cosas de contenido económico, pero que estén en poder de su titular en virtud de algún tipo de relación jurídica. Esta última sería la concepción mayoritaria en nuestra doctrina.

en nuestro ordenamiento, que incluyen tipos delictivos mucho más novedosos y en continua evolución, como los delitos societarios incorporados por primera vez en el Código penal de 1995 o, más recientemente, con algunas otras nuevas figuras como los antedichos delitos de corrupción entre particulares y estafa a inversores, incorporados ambos por la reforma de 2010.

El principal objeto de protección de los delitos contemplados en los distintos capítulos de este Título es sin duda alguna el patrimonio, entendido como conjunto de bienes con contenido económico titularidad de una persona⁶⁰⁸. Adicionalmente, estos delitos buscan también salvaguardar el orden socioeconómico, es decir, la estructuración del sistema económico conforme a las reglas de la libre competencia, el libre mercado, y los planes estatales y supraestatales para su ordenación.

Ahora bien, en lo que respecta a este segundo bien jurídico protegido concurren posiciones encontradas, pues ciertos autores entienden más bien que dicho orden no constituye un verdadero bien jurídico protegido, sino simplemente una denominación indicativa del contenido y de la orientación de algunos de los delitos de esa rúbrica⁶⁰⁹. Por nuestra parte, no existe duda de que la rúbrica del Título XIII hace referencia a dos ámbitos claramente diferenciados: los delitos contra el *patrimonio* y los que atacan contra el denominado *orden socioeconómico*. Este último no debe confundirse no obstante con el orden económico en sentido estricto u orden público económico⁶¹⁰, dirigido e intervenido directamente por el Estado mediante la regulación coactiva a base de normas y planificando el comportamiento de los distintos actores. Tampoco debe confundirse con el Derecho penal patrimonial que se ocupa de delitos clásicos como el de estafa de escasa cuantía, el alzamiento de bienes de un deudor frente a unos pocos acreedores o la falsificación de una letra de cambio. Si todos estos ilícitos fueran considerados delitos contra el orden socioeconómico correríamos el riesgo de diluir el

⁶⁰⁸ Vid. MESTRE DELGADO, E. *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., pág. 242, para quien, en cualquier caso, la titularidad individual de los intereses económicos en los delitos patrimoniales no puede interpretarse de forma estricta o literal. El patrimonio, en nuestro sistema económico-social es siempre individual, pero en ocasiones desempeña funciones que involucran en la defensa de ese patrimonio a distintas personas, integrantes de un mismo grupo familiar, razón por la cual el legislador ha entendido que el patrimonio es un mecanismo de integración y perpetuación familiar. Por esta razón, el art. 268 exime de responsabilidad criminal a cónyuges y parientes en este tipo de delitos.

⁶⁰⁹ En este sentido, en contra de la consideración del orden socioeconómico como bien jurídico protegido, vid., v. gr., ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho penal (Parte General y Parte Especial)*, op. cit., pág. 531 y 532.

⁶¹⁰ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 350 y ss.

Derecho penal patrimonial en un desmesurado Derecho penal socioeconómico sin límites. Estos delitos abarcan por tanto un campo más amplio que los meramente patrimoniales, ocupándose de la protección, no ya del patrimonio económico individual del sujeto pasivo, sino de intereses económicos colectivos o socioeconómicos más amplios que los puramente patrimoniales.

El criterio de identificación de los delitos socioeconómicos es, por tanto, la lesión de bienes jurídicos supraindividuales relacionados con la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, aunque con esos comportamientos puedan verse también afectados intereses patrimoniales privados⁶¹¹ a los que nos referiremos a continuación. Y es precisamente a este último grupo, de los delitos socioeconómicos, al que pertenecen los delitos contemplados en el Capítulo XI.

No obstante, el Título XIII no llega en ningún momento a catalogar los delitos contemplados en sus diversos capítulos. Indudablemente, esta circunstancia es debida a que una clasificación estricta puede llevar a error en la medida en que determinados ataques podrían afectar a ambos bienes jurídicos protegidos⁶¹², como ocurre, v. gr., con delitos patrimoniales clásicos como la estafa, la apropiación indebida o los alzamientos de bienes, que en caso de atentar, v. gr. contra grandes colectivos o grupos de perjudicados, pueden tener incidencia en intereses socioeconómicos⁶¹³. No podía ser de otro modo, pues no son pocos los casos de estafas multimillonarias y en masa que se han dado en nuestra historia reciente y que, además de al patrimonio de la víctima, han afectado igualmente al orden socioeconómico en general. A la vista del amplísimo campo de acción de estos ilícitos, es evidente que los delitos patrimoniales clásicos pueden llegar a afectar inevitablemente a bienes jurídicos supraindividuales. En sentido contrario, también veremos a continuación algún delito contemplado en el referido

⁶¹¹ GONZÁLEZ RUS, J. J. *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 431.

⁶¹² ALONSO PÉREZ, F. *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, op. cit., pág. 25, a pesar de lo cual este autor incluye entre los delitos contra el patrimonio el hurto, robo, extorsión, robo y hurto de uso de vehículos, usurpación, defraudaciones y daños; y entre los delitos socioeconómicos las insolvencias punibles, alteraciones de precios en concursos y subastas públicas, delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, delitos relativos al mercado y los consumidores, sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, delitos societarios y receptación y otras figuras afines.

⁶¹³ Cfr. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 350 y ss., que sin embargo clasifica los delitos del Título XIII, identificando a los tipificados en los Capítulos I a IX con los delitos contra el patrimonio, y a los de los Capítulos XI a XIV con los delitos contra el orden socioeconómico. Esta clasificación se hace en base a lo dispuesto en el art. 268.1, por entender que se trata de una disposición común a los denominados delitos patrimoniales.

Capítulo XI que, si bien indirectamente pudiera afectar a los consumidores en general, de forma directa únicamente perjudica al empresario.

En cualquier caso, y con independencia de los problemas que pueda plantear cualquier intento de clasificar ambos grupos de delitos, de lo que no cabe ninguna duda es de la existencia de evidentes diferencias entre unos y otros pues, mientras los delitos patrimoniales buscan la causación de algún tipo de perjuicio patrimonial, entendido como una disminución en el patrimonio económicamente cuantificable⁶¹⁴, los delitos contra el orden socioeconómico afectan a intereses económicos mucho más amplios e imprecisos.

(2).- El Capítulo XI regula cuatro grupos de delitos, en principio, claramente diferenciados: (a) delitos contra la propiedad intelectual – Sección 1ª –; (b) delitos contra la propiedad industrial – Sección 2ª –; (c) delitos relativos al mercado y los consumidores – Sección 3ª –; y (d) en último lugar, el delito relativo a la corrupción entre particulares – Sección 4ª –. Y como ocurre en otras tantas partes del Código, la Sección 3ª del Capítulo XI hace referencia a su vez a toda una pluralidad de delitos que afectan a bienes jurídicos de diversa índole: los arts. 278 a 280 que sancionan el descubrimiento y revelación de secretos que afectan a la capacidad competitiva de la empresa; los arts. 281 a 283, que hacen referencia al desabastecimiento de materias primas, publicidad fraudulenta, estafa a inversores y facturación falsa; el art. 284, que tipifica el delito de maquinación para alterar el precio de las cosas; el art. 285 que pena el abuso de información privilegiada; y, por último, el art. 286 que contempla un delito de abuso y manipulación de aparatos electrónicos.

Con carácter general, podríamos entender que la agrupación de estos ilícitos bajo la misma rúbrica es debida a que todos ellos tipifican conductas idóneas para regular el funcionamiento normal del mercado o, en su caso, los intereses de los consumidores. No obstante, lo cierto es que en ocasiones esta protección es, en mejor de los casos, muy indirecta, siendo a veces la finalidad principal del ilícito la protección de los intereses particulares del empresario. Esta realidad es también predicable de otros delitos, empezando por los relativos a la propiedad industrial, donde el principal objeto de

⁶¹⁴ ALONSO PÉREZ, F. *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, op. cit., pág. 29.

protección son los intereses del titular de los derechos, con independencia de que esa protección pueda incidir posteriormente en el consumidor final. Por este motivo, esta regulación ha sido objeto de distintas críticas por parte de la doctrina científica, por entender que nos encontramos más bien ante todo un grupo residual de delitos socioeconómicos, no encuadrables en ninguna otra regulación específica⁶¹⁵.

En cualquier caso, es clara la amplia diversidad de bienes jurídicos protegidos que, *prima facie*, podríamos focalizar en el mercado, la competencia y la protección de los consumidores. Así para los delitos de descubrimiento y relevación de secretos de empresa, arts. 278 a 280, podríamos destacar el interés del legislador en proteger la capacidad competitiva del empresario; el mercado y los intereses de los consumidores en los arts. 281 a 283, junto con el también recientemente introducido art. 282 bis; la formación de los precios en la economía de mercado, o política económica de precios, en el art. 284; la concurrencia en condiciones de igualdad de los inversores o el normal funcionamiento del mercado, en el art. 285⁶¹⁶; la protección de los intereses de las empresas concesionarias de televisión privada, o el derecho a la emisión⁶¹⁷, en el art. 286.

Es verdaderamente fácil apreciar, por tanto, que mientras en unos casos el tipo penal está pensando directamente en el empresario, como sucede con los supuestos concretos de descubrimiento y revelación de secretos o de corrupción entre particulares, en otros, dicha la protección va dirigida claramente hacia el consumidor, como sucede con la publicidad engañosa o las facturaciones indebidas. Nos encontramos así ante dos clases de intereses no necesariamente coincidentes, pues muchos delitos podrán no afectar directamente al consumidor, pero sí al empresario, y viceversa.

(3).- Tratados individualmente, la determinación del bien jurídico protegido presenta aún más particularidades. De igual modo, en función del delito en cuestión, en unas ocasiones nos encontraremos ante una protección de intereses individuales y, en otros, supraindividuales. Es el caso con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos

⁶¹⁵ Vid. MESTRE DELGADO, E. *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., pág. 361.

⁶¹⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S. *Derecho penal económico*, 2ª Ed., Ramón Areces, Madrid, 2010, pág. 585.

⁶¹⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S. *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 570.

de empresa, en los que el bien jurídico protegido reside en la competencia leal⁶¹⁸, el derecho a la libre competencia⁶¹⁹ o en la capacidad competitiva de la empresa⁶²⁰. Nos encontramos por tanto ante un delito de corte individual, que protege al empresario de la competencia desleal, aunque su inclusión en el Capítulo 3º encuentra su justificación también por afectar, indirecta pero ineluctablemente, a los genuinos intereses socioeconómicos de los consumidores e incluso al interés estatal en el mantenimiento de un orden concurrencial saneado⁶²¹. Adicionalmente, y aun de forma mucho más mediata, cabría decir además que dichos derechos tienen también por objeto la protección de los intereses socioeconómicos de los propios consumidores, en la medida en que se imposibilita o distorsiona la clarificación del mercado.

Otras opiniones científicas entienden más bien que la identificación del bien jurídico protegido debiera de afinarse un poco más en el sentido de entender que, en el fondo, el objeto de protección es doble: por un lado, el interés patrimonial del empresario titular del secreto, que no debe ser identificado literalmente con su capacidad; y, por otro, y en el ya referido plano socioeconómico y colectivo, la preservación del sistema de competencia de mercado⁶²². No obstante, no podemos sino situarnos entre quienes contradicen dicha tesis argumentando que el mero hecho de que el consentimiento – entendido como el interés del titular del secreto en que éste no sea conocido por la competencia, entre otros – destipifique el hecho o excluya la juricidad, no obliga a entender como bien jurídico protegido la voluntad, al igual que la violación, el hurto o la estafa carecen de entidad penal si media consentimiento pero no por ello se dice que sea precisamente la voluntad el objeto de protección⁶²³.

Por otro lado, y como se podrá apreciar a lo largo del presente capítulo, la mayoría de las conductas comprendidas en los denominados delitos contra los consumidores y

⁶¹⁸ ALONSO PÉREZ, F. *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, op. cit., pág. 388, que siguiendo a MUÑOZ CONDE relaciona la competencia leal con los secretos industriales y comerciales legítimamente adquiridos – *know how* –, es decir, con la capacidad competitiva de la empresa.

⁶¹⁹ SERRANO GÓMEZ A./SERRANO MAÍLLO A. *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 510. También, GONZÁLEZ RUS, J.J. *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 574.

⁶²⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S. *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 530.

⁶²¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 211.

⁶²² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, op. cit., pág. 212 y 213.

⁶²³ BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S. *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 530.

usuarios están reguladas, esencialmente, por las legislaciones administrativa y civil o mercantil. Así sucede, v. gr., con la competencia desleal entre empresarios, que se encuentra regulada en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que en sus artículos 13 y 14.2 sanciona expresamente la violación o explotación de secretos empresariales o industriales. El Derecho penal queda así reservado, como no podría ser de otro modo, a los casos más graves en virtud del principio de intervención mínima.

(4).- En cuanto al delito de detracción de materias primas, el objeto de protección es el buen funcionamiento del mercado a través de la correcta formación de los precios, si bien, obviamente, y a diferencia de lo que podría decirse de los delitos relativos a los secretos de empresa, éste engloba de forma indirecta la protección de los consumidores⁶²⁴. Algunos autores entienden más acertado afirmar, en virtud de la necesidad de una mayor concreción del bien jurídico, y habida cuenta de que en definitiva nos encontramos ante una manipulación de los precios a través de una forma específica, que el bien tutelado es el equilibrio entre la oferta y la demanda o, más concretamente, el nivel natural de la oferta⁶²⁵. Sin embargo, en la medida de que este equilibrio incide directamente en el buen devenir del mercado, tal matización no aporta mayores diferencias.

Por otro lado, es de destacar además que, en cualquier caso, y aun de forma más genérica, pues la legislación penal sólo se limita a sancionar la formación de los precios de las materias primas y productos de primera necesidad y sólo en determinados casos, estos comportamientos también están regulados en las legislaciones administrativa y mercantil, entre otras, a través de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal – arts. 5 y 15 –; o el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

⁶²⁴ GONZÁLEZ RUS, J.J. *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 580. En parecido sentido, vid. ALONSO PÉREZ, F. *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, op. cit., pág. 393, que entiende que el bien jurídico protegido de estos delitos es el interés de los consumidores en que el abastecimiento de materias primas o productos de primera necesidad se lleve a cabo en condiciones de normalidad y respetando las reglas establecidas.

⁶²⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S. *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 552.

(5).- El delito de publicidad falsa o engañosa del art. 282, sancionado también en la legislación administrativa o incluso en la civil, tiene por objeto, dejando de un lado la general protección de los consumidores⁶²⁶, la protección de la información veraz sobre los distintos productos o servicios⁶²⁷. Es decir, garantizar la transparencia y veracidad de la actividad publicitaria en la medida en que la misma constituye requisito fundamental para asegurar la libertad de elección de precios y productos⁶²⁸.

Esta teoría ha sido rechazada, no obstante, por cierto sector doctrinal por entender, en esencia, que dicho precepto no castiga únicamente las alegaciones falsas en un determinado medio publicitario, al exigirse asimismo como elemento del tipo la “idoneidad para causar un perjuicio”; de igual forma, entienden los seguidores de esta tesis que en ocasiones la información facilitada en los mensajes publicitarios es ciertamente escasa, a pesar de lo cual persiste el riesgo de causación de un daño hacia los consumidores. Por este motivo, los partidarios de esta postura han optado por identificar ese bien jurídico protegido con el respeto de las reglas del juego deontológico, así como la confianza de ciertos elementos del mercado imprescindibles para su funcionamiento⁶²⁹. Ahora bien, en la medida en que el delito de publicidad fraudulenta protege la claridad, veracidad y transparencia de la información, éste obviamente está abarcando tanto comportamientos activos de ofrecimiento de informaciones falsas con la finalidad de inducir a engaño hacia el consumidor, como omisivos con esa misma intención. Consecuentemente, es más acertado optar por la veracidad en la información como bien jurídico, en detrimento de las imprecisas reglas del juego deontológico o confianza en el mercado.

Nos encontramos ante un delito que además fue introducido por primera vez en el ámbito penal con nuestro Código de 1995, si bien es cierto que con anterioridad hubo varios intentos de incorporarlo, como es el caso del art. 342 del PLOCP de 1980, el art. 279 del PANCP 1983, el art. 278.1 del PCP de 1992 y el art. 278 del PCP de 1994. Hasta entonces, dichas infracciones se encontraban asimismo reguladas en la antigua

⁶²⁶ ALONSO PÉREZ, F. *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, op. cit., pág. 395.

⁶²⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S. *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 551.

⁶²⁸ GONZÁLEZ RUS, J.J. *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 580. En parecido sentido, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, op. cit., pág. 240.

⁶²⁹ MAPELLI CAFFARENA, B. *El delito de publicidad fraudulenta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 49 y ss.

Ley 16/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios – art. 2.1 d) –⁶³⁰ y en la Ley 34/1988, de 14 de diciembre, General de Publicidad – arts. 2, 3, y 4 –, si bien existen supuestos aislados en los que esta conducta había sido sancionada en sede penal calificándolo como un delito de estafa, dada la afinidad evidente⁶³¹.

(6).- El delito de estafa de inversores del art. 282 bis, incluido por vez primera tras la reforma operada por la LO 5/2010⁶³², tiene por finalidad la protección de los intereses colectivos en el sector financiero, aunque éstos impliquen en última instancia la defensa de multitud de intereses individuales de los inversores, que además podrán resultar individualmente perjudicados⁶³³. Un delito muy similar al de la estafa tradicional, quizás, con la particularidad de que, además de proteger el patrimonio individual del inversionista, también persigue el correcto funcionamiento de los mercados financieros. Al igual que sucede con la totalidad de los delitos contemplados en este apartado, esta conducta la regula igualmente la L 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y de forma más específica, otros reglamentos como la Orden EHA/3537/2005, de 10 de noviembre, que desarrolla el artículo 27.4 de dicha Ley.

(7).- La alteración de los contadores automáticos del art. 283, introducida también de forma novedosa por nuestro Código penal vigente, tiene por objeto, en sentido parecido al anterior, el interés económico de los consumidores, materializada en la corrección y autenticidad en la medición del precio de venta al público y en su correspondencia con la cantidad del producto o servicio⁶³⁴. O, dicho en otras palabras, en el interés difuso del grupo colectivo de los consumidores en asignar el valor nominal que proceda al mencionado producto o servicio facturado en el mercado⁶³⁵. En la legislación administrativa, esta conducta la regulan determinadas leyes específicas, como la Ley

⁶³⁰ El art. 8 de dicha Ley admite incluso la defensa civil de la publicidad ilícita, al ofrecer la posibilidad de integrar en las cláusulas contractuales los contenidos publicitarios de los productos, actividades o servicios ofertados. Vid., en este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B. *El delito de publicidad fraudulenta*, op. cit., pág. 25.

⁶³¹ Así, vid., entre otras, SSTs de 14 de noviembre de 1988 o de 19 de junio de 1991.

⁶³² Según la exposición de motivos de dicha reforma, teniendo en cuenta la Directiva 2003/06 del Consejo, de 28 de enero, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado.

⁶³³ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 476.

⁶³⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S. *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 567.

⁶³⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, op. cit., pág. 259.

3/1985, de 18 de marzo, de Metrología y las normas que la desarrollan, o el RD 597/1988, de 10 de junio, por el que se regula el control metrológico CEE y que desarrolla el RDLeg. 1296/1986, de 28 de junio.

(8).- Las maquinaciones para alterar el precio de las cosas del art. 284 – que como ya hemos dicho, tras la reforma operada por la LO 5/2010, no está sujeta a ningún tipo de condición de perseguibilidad –, cuyas conductas están también reguladas en vía administrativa a través de leyes como la ya citada del Mercado de Valores, tienen por objeto una vez más, la libre formación de los precios en la economía de mercado, o política de precios⁶³⁶, necesaria para el correcto desenvolvimiento del sistema económico. Se trata por tanto, nuevamente, de tutelar el sistema de libre competencia para proteger los intereses de los consumidores e inversores.

Algunos autores han optado por matizar esta afirmación, en el entendimiento de que el bien objeto de tutela aparece integrado realmente por la libre competencia y el intervencionismo estatal, en tanto en cuanto son justamente estos dos elementos los que constituyen los mecanismos para la fijación de precios en nuestra economía⁶³⁷. Ahora bien, en la medida en que el tipo hace referencia únicamente a la correcta formación de precios en libertad de concurrencia, entendemos que en este caso, de existir intervencionismo estatal, lo sería únicamente para asegurar la no convergencia de factores externos que pudieran incidir artificialmente en los precios, que no para participar directamente en los mismos.

(9).- El comúnmente denominado delito de abuso de información privilegiada referido en el art. 285– tampoco sometido ya a requisito de perseguibilidad ninguno, al igual que sucedía con el caso anterior –, según posición dominante, tiene como bien jurídico protegido el correcto funcionamiento del mercado de valores, caracterizado por el respeto al principio de igualdad y de oportunidades de los inversores⁶³⁸. Se trata, en

⁶³⁶ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 484.

⁶³⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, op. cit., pág. 281.

⁶³⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, op. cit., pág. 294. En parecido sentido, vid. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 486 y 487, quien además señala que con dicho delito se pretende proteger “una visión democrática del mercado de valores”; también QUINTANAR DÍEZ, M. *Un concreto aspecto del llamado Derecho penal económico: los delitos bursátiles*, CESCEJ Ediciones, Madrid, 2006, pág. 31 y ss., que sitúa igualmente el bien jurídico protegido en el correcto funcionamiento del mercado de valores “desde la perspectiva del

definitiva, de proteger la libre competencia de los consumidores que operan en los mercados financieros⁶³⁹. Dicha apreciación coincide por otro lado con las responsabilidades atribuidas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores por el art. 13 de la ya citada Ley del Mercado de Valores, consistentes en velar “por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores”.

No obstante, a dicho bien jurídico protegido es posible añadir otros indirectos tales como la lealtad frente a la emisora de los valores desde el momento en que el art. 285 incluye como sujetos activos, tanto a los profesionales del mundo bursátil – agentes, sociedades de valores, etc. – como a los profesionales de la compañía emisora del valor – consejero, accionista, directivo, asesor, etc. –⁶⁴⁰.

(10).- Por su parte, el delito relativo a la piratería de servicios de radiodifusión o interactivos del art. 286, introducido también de forma novedosa por la reforma operada por la LO 15/2003⁶⁴¹ para dar respuesta a, según su propia exposición de motivos, los nuevos fenómenos delictivos surgidos como consecuencia de la incorporación masiva de las tecnologías de la información y de la comunicación a todos los sectores

interés colectivo, sin que la norma penal abarque en ningún caso la tutela de intereses patrimoniales individuales que, por otra parte, no se verán afectados por la conducta del sujeto activo del delito, sino por el propio Mercado”.

⁶³⁹ PRIETO DEL PINO, A. M^a. *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el Mercado de Valores*, op. cit., pág. 219 y 220. Más en concreto, dicha autora denomina a este bien jurídico como “justicia informativa de las cotizaciones”, que tiene como finalidad, como se ha dicho, que todos los inversores, potenciales o reales, cuenten con los mismos datos para poder participar en la formación de los precios en condiciones de libre competencia real y no sólo formal. Se trata por tanto, y dejando de un lado especial preparación o habilidad en el Mercado de Valores que evidentemente siempre dará cierta ventaja a unos inversores frente a otros en el uso de dicha información, que al menos en principio que todos partan de una misma base común.

⁶⁴⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S. *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 586. Dichos autores contraponen además el bien jurídico protegido del delito de información privilegiada en nuestro ordenamiento con el de EE.UU., consistente en los intereses de la compañía emisora y de los inversores. Hasta tal punto es así, primando los intereses individuales sobre los colectivos, que de hecho la compañía puede reclamar contra el infractor.

⁶⁴¹ La introducción de dicho delito vino motivada, a su vez, por la Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso, que tenía por objeto proteger los servicios electrónicos de pago contra la piratería, prohibiendo toda actividad comercial de fabricación, distribución o publicidad de tarjetas inteligentes y otros dispositivos que permitan burlar el acceso protegido a servicios de pago de televisión, radio en Internet.

sociales⁶⁴², tiene por bien jurídico protegido a los intereses económicos de aquellas personas que prestan dichos servicios, de exclusivo perfil patrimonial e individual.

Otros autores han optado por profundizar aún más en la materia señalando dos bienes jurídicos protegidos. De un lado, el derecho de emisión del titular como aspecto patrimonial del derecho de propiedad intelectual y, de otro, el derecho de los consumidores a la obtención de un determinado servicio a la radiodifusión⁶⁴³. No podemos compartir esta opinión, al menos, en lo que respecta al servicio de los consumidores, pues no parece que el tipo llegue a buscar el garantizar el acceso hacia éstos, sino más bien, los accesos ilegítimos que se puedan hacer respecto de aquellas señales ininteligibles o codificadas mediante la utilización de aparatos electrónicos, programas informáticos, alteración de los números identificativos de los equipos, etc.

Consecuentemente, estamos ante un delito que busca más bien la protección de los intereses económicos del empresario, pero sin tener en cuenta los del consumidor final. Algo distinto es que, al verse afectado el mercado de las telecomunicaciones como consecuencia de dicha piratería tecnológica, el consumidor final pueda verse perjudicado indirectamente como consecuencia de la imposibilidad que se le plantea al empresario de presentar un servicio en condiciones económicas competitivas.

(11).- En último lugar, la siguiente Sección 4ª regula el novedoso delito de corrupción entre particulares, introducido recientemente por la LO 5/2010⁶⁴⁴, que también tiene por bien jurídico protegido la competencia leal⁶⁴⁵, junto con la confianza en la honestidad o ética profesional de los directivos y similares en la empresa⁶⁴⁶. De forma indirecta, esta

⁶⁴² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, op. cit., pág. 315.

⁶⁴³ BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S. *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 571.

⁶⁴⁴ Según la exposición de motivos, este tipo delictivo trae causa en la Directiva Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

⁶⁴⁵ Vid. OTERO GONZÁLEZ, P. *La corrupción en el sector privado: el nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal*, La Ley Penal, nº 87, noviembre de 2011, que sitúa el bien jurídico objeto de tutela en “la competencia equitativa y leal”, así como en el “interés en el eficiente funcionamiento del mercado perjudicando su propia disciplina al generar conflictos de intereses dentro del propio sector privado”.

⁶⁴⁶ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 492. En parecido sentido, vid. VENTURA PÜSCHEL, A. *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (Dir. ÁLVAREZ GARCÍA, J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 320 y ss., que señala como bienes jurídicos protegidos la libre competencia, la evitación de conductas que la eliminen o distorsionen en igualdad de condiciones, un orden concurrencial no falseado y el buen funcionamiento del mercado. Así

nueva figura delictiva podría incidir finalmente en los intereses de los propios consumidores, v. gr., para el caso de que aquellas mercancías o servicios profesionales contratados de forma indebida les repercutiesen en el precio final, si bien no tiene siempre por qué ser así, en cuyo caso se entendería igualmente perjudicada el conjunto de la sociedad, al verse distorsionada la disciplina de mercado. Todo ello, en consonancia con lo afirmado por la propia Exposición de Motivos de la reforma, que literalmente afirma que “la idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas.”

Sin embargo, este delito admite su persecución de oficio, no estando comprendido entre los delitos sometidos a condición de perseguibilidad a los que hace referencia el art. 287, dada la importancia que el legislador ha dado a dicho nuevo tipo delictivo, así como a que esta nueva modalidad de corrupción trasciende el ámbito de la empresa para convertirse en un comportamiento dañoso desde el punto de vista social⁶⁴⁷. Hasta ahora, era comúnmente aceptado que las normas mercantiles y administrativas existentes en la materia podían resultar suficientes para evitar o reducir este tipo de conductas eran, entre otras, las ya citadas Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, o la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.

(12).- Como hemos anticipado, a pesar de la pluralidad de delitos concentrados en el presente Capítulo, todos ellos pueden agruparse entre aquellos cuyo ámbito de protección reside en los intereses del empresario – descubrimiento y revelación de secretos de empresa, piratería de servicios de radiodifusión –, los del buen funcionamiento del mercado – detracción de materias primas, maquinación para alterar el precio de las cosas – y los que afectan más directamente a los intereses de los

como, BLANCO CORDERO, I. *Comentarios al Código penal* (Dir. GÓMEZ TOMILLO, M.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 1110.

⁶⁴⁷ OTERO GONZÁLEZ, P. *La corrupción en el sector privado: el nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal*, op. cit.

consumidores – publicidad engañosa, estafa de inversores, alteración de contadores automáticos –. No obstante, al verse comprometidos, ya sea directa o indirectamente los intereses del consumidor en el más amplio sentido, se suele admitir que todos estos delitos parecen orientados a preservar en última instancia bienes económicos de índole supraindividual mediante la protección última de los intereses de los consumidores⁶⁴⁸.

Ahora bien, el hecho de integrarse, dentro de los delitos contra los consumidores, determinados ilícitos que, en el mejor de los escenarios, únicamente podrían llegar a afectarles muy indirectamente, da lugar a distorsiones difícilmente justificables en la medida en que muchos otros tipos del Código penal también podrían tener similares consecuencias, que sin embargo no han sido incorporados a este capítulo. Es el caso, v. gr., de las defraudaciones de fluido eléctrico – arts. 255 y 256 –, cuyas semejanzas con la piratería de servicios de radiodifusión son patentes, pues en definitiva ambos tienen por finalidad proteger al empresario del aprovechamiento ilícito que pueda hacer un particular de sus servicios. En el primer caso, y entre otras, haciendo uso clandestino de cualquier tipo de energía, o incluso de las telecomunicaciones a espaldas del empresario, o incluso utilizando un terminal de telecomunicación sin consentimiento de su titular; y, en el segundo, utilizando igualmente medios clandestinos para aprovecharse ilícitamente de determinada oferta radiofónica o de teledifusión estrechamente relacionada con las telecomunicaciones del anterior precepto.

§ XIII. 3. - Análisis del requisito de perseguibilidad: ¿privacidad de delitos de intereses claramente colectivos?

(1).- Nos encontramos ante la primera vez en que la afectación de los intereses colectivos prevalece, al menos en la mayoría de los casos, frente a intereses individuales de la víctima. En los delitos vistos hasta ahora en este trabajo, la justificación del sometimiento de la perseguibilidad a la voluntad de la víctima pretendía apoyarse, en mayor o menor medida, en la afectación de intereses exclusivamente individuales y en

⁶⁴⁸ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, op. cit., pág. 209, para quien la diferencia de lo que sucede con el resto de las infracciones incardinadas en ese mismo capítulo, radica precisamente en que aquellos vulneran bienes jurídicos de naturaleza meramente individual.

la especial disponibilidad de los mismos por parte de la víctima. Por este motivo, la redacción del art. 287.1 no deja de causar cierta sorpresa, especialmente en la redacción dada tras la LO 15/2003, al modificar el precepto en el sentido de que el ámbito de aplicación del requisito de perseguibilidad lo limitan ahora los delitos incluidos únicamente en la Sección 3ª, es decir, únicamente a los que en teoría afectarían al mercado y a los consumidores. A partir de dicho momento, es evidente que la exigencia de denuncia privada en este tipo de delitos poco o nada tiene que ver con la especial disponibilidad del bien jurídico protegido. Esta es la razón principal que nos empuja a concluir que el sometimiento de estos delitos a algún tipo de condición de perseguibilidad carece de sentido.

De hecho, resulta verdaderamente paradójico que dicha reforma supusiese precisamente la exclusión de la perseguibilidad privada en los atentados contra la propiedad intelectual e industrial, que afectaban esencialmente a los intereses privados de la víctima. Especialmente cuando en opinión de ciertos sectores, la exigencia de previa denuncia del agraviado parecía justificarse más claramente en estos delitos⁶⁴⁹. Máxime, también, cuando no es descartable que, dado lo novedoso de muchos de estos tipos penales – por su reciente incorporación al Código penal en la mayoría de los casos – es posible, incluso, que las propias víctimas de delitos contra los consumidores no sean conscientes de estar sufriendo un delito. En efecto, cabe la posibilidad de que consumidores minoritarios consideren los excesos de las empresas con primacía en el mercado como parte de la vorágine del moderno mercado, sin ser conscientes de que algunas prácticas pudieran ser perseguibles en sede penal.

Por este motivo, el hecho de que tras la antedicha reforma los delitos contra la propiedad intelectual e industrial pasaran a tener consideración pública, pese a tener clara vocación de tutela de derechos individuales, manteniendo en cambio la condición de *semipúblicos* otros delitos que, al menos en lo que se refiere al mercado y consumidores vienen a proteger intereses con un mayor componente de *supraindividualidad*⁶⁵⁰, parece no estar debidamente justificada. Según la exposición de

⁶⁴⁹ Vid. QUINTANAR DÍEZ, M. *Un concreto aspecto del llamado Derecho penal económico: los delitos bursátiles*, op. cit., pág. 89.

⁶⁵⁰ Vid., entre otros, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Mª. T. *Protección penal del secreto de empresa*, Colex, Madrid, 2000, pág. 331, para quien los delitos relativos al secreto de empresa tienen carácter colectivo, basado en el correcto funcionamiento del mercado en un ámbito de competencia leal, aunque con

motivos de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, la razón para actuar en tal sentido era que “los delitos contra la propiedad intelectual e industrial son objeto de una agravación de la pena y, en todo caso, de la mejora técnica de su tipificación, de acuerdo con la realidad social, la configuración del tipo delictivo y su repercusión en la vida económica y social. Por ello, desaparece también el requisito de la persecución de estos delitos a instancia de la víctima, de modo que a partir de ahora podrán perseguirse de oficio”. Sin embargo, tal argumento no satisface en modo alguno el cambio de criterio a la vista de las contradicciones en que incurría. Sin duda alguna, y como hemos visto, el motivo fundamental debió residir en las dificultades que planteaba dicho requisito a la hora de perseguir este tipo de delitos a la vista de la inexistencia de denuncias por parte de los titulares de los derechos, tal y como llegó a reconocerse por la propia jurisprudencia⁶⁵¹.

(2).- A la vista de lo anterior, y dado que evidentemente tenemos que excluir la afectación de intereses individuales que justifiquen la privación de estos ilícitos, parece que las restricciones impuestas por el legislador en cuanto a su perseguibilidad únicamente podrían responder a las ya aludidas razones de aplicación de los principios de subsidiariedad e intervención mínima⁶⁵². De un lado, porque nos encontramos ante

evidente base individual traducida en el interés particular del empresario titular del secreto en mantener la ventaja competitiva frente al resto. Por este motivo este tipo de delitos deberían ser perseguibles de oficio y no sólo a instancia de parte.

⁶⁵¹ En efecto, alguna Audiencia Provincial ha apuntado como posible razón para la eliminación de este requisito de perseguibilidad radicaría en la dificultar para perseguir estos ilícitos. Vid., así, AAP Sevilla, Sección 1ª, de 10 de noviembre de 2004: “(...) las entidades que se dicen denunciantes ni siquiera acreditan de modo alguno ser titulares de las obras cuyas copias se han intervenido, por lo que en este estado de las actuaciones no puede realmente afirmarse que sean los "agraviados", pudiéndose recordar con la sentencia del TS de 2 de octubre de 2002 que es requisito constitutivo del tipo penal la determinación del perjudicado (y precisamente por su inconcreción casó la sentencia), afirmando que "...sin la determinación del perjuicio típico no es posible considerar realizado el tipo del art. 270 CP. Ni en los hechos probados ni en los fundamentos jurídicos la Audiencia ha establecido de dónde surge la ajénidad de los derechos supuestamente afectados por las emisiones, toda vez que no se ha demostrado que exista un titular de la película "Lobo" o de las otras películas que se dicen "repicadas" halladas en el domicilio de los acusados. La identificación de los titulares del derecho es esencial para poder comprobar si éstos otorgaron o no la correspondiente autorización que podría excluir la realización del tipo"; y ello no es cuestión que deba determinarse por medio de la pericial, como se propone por la recurrente, pues sólo los titulares de los derechos pueden y deben acreditar de forma documental la existencia de tales obras y su titularidad; debe, pues, acreditarse de una parte inequívocamente la condición de perjudicados y, de otra, han de formular éstos denuncia ajustada en su forma y contenido a las prescripciones procesales, denuncia que deberá ser expresa y nunca presunta o genérica e indeterminada. Este Tribunal no es ajeno a las dificultades que ello pueda suponer en algunos casos -aunque en el presente bastaría una certificación del registro correspondiente respecto a un número no muy elevado de obras- y tal vez por ello el legislador ha suprimido tal exigencia en la reciente reforma, pero ello no exime de cumplir tal requisito respecto a ellos anteriores y conforme a la legislación que le era aplicable.”

⁶⁵² Vid. MORÓN LERMA, E. *El secreto de empresa: protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág., 171, para quien el requisito de perseguibilidad en este tipo de delitos viene determinado por razones de oportunidad y en aras del principio de mínima

determinados delitos que ocasionan un daño y una alarma hacia la sociedad menores que los que pudieran provocar otros delitos considerados tradicionalmente más lesivos por afectar a otros bienes jurídicos tales como la vida y otros derechos fundamentales, lo que permitiría la intervención de ciertos criterios particulares de oportunidad en manos de los ofendidos o de sus representantes legales⁶⁵³. Y, de otro, porque como ya se ha visto, la mayoría de ellas ya se encuentran reguladas por leyes administrativas y mercantiles muy específicas⁶⁵⁴.

Ahora bien, si todos esos ilícitos, como hemos visto, están ya regulados de algún modo en jurisdicciones como la mercantil o la administrativa, los cuales evidentemente ya se ocupan de sancionar aquellos atentados menos lesivos, es claro que el principio de intervención mínima ya está debidamente atendido por la legislación penal. No es necesaria por tanto la exigencia de la denuncia del agraviado para justificar la no intervención del Derecho penal cuando éste entienda que el daño ocasionado es insuficiente para iniciar ningún tipo de acción penal contra el agresor, sino que corresponderá en todo caso al *ius puniendi*, en función las circunstancias concretas del caso, el derivar la causa a otro tipo de orden jurisdiccional para sancionar aquellas conductas carentes de alarma social suficiente dada su escasa entidad.

(3).- A todo lo anterior, cabría añadir además la defectuosa redacción de estos delitos, que propicia que su aplicabilidad resulte hasta cierto punto incoherente. En primer lugar, porque carece hasta cierto punto de sentido la excepción contenida en el apartado segundo del art. 278, que admite la perseguibilidad de oficio cuando resulten afectados los “intereses generales o una pluralidad de personas”, cuando dadas las particularidades de los bienes jurídicos protegidos ya estudiados, parece que siempre va a persistir la posibilidad de encontrarnos antes este supuesto, pues estos delitos que tienden a afectar – directa o indirectamente – a los consumidores en general, englobados además dentro

intervención en la fase de aplicación y ejecución de la ley penal, máxime habida cuenta de la estrecha identidad entre estos ilícitos con algunos de orden civil;

⁶⁵³ GÓMEZ COLOMER, J. L. *Constitución y proceso penal*, op. cit., pág. 119 y 125.

⁶⁵⁴ Así lo tiene reconocido nuestra jurisprudencia menor, vid. entre otras AAP Barcelona, Sección 6ª, de 5 de julio de 2004, en relación con los delitos relativos a la propiedad intelectual: “(...) También aquí, pues, se adivina una filosofía de fondo en la determinación de la perseguibilidad de las infracciones de propiedad intelectual, evitando la intervención del *ius puniendi* en una serie de conductas que ya encuentran su respuesta en las distintas acciones civiles ofrecidas, quedando confirmada tal interpretación, con la utilización del término agraviado, es decir quien, según interpreta la doctrina más autorizada, sufre directamente las consecuencias de la acción típica (...)”.

del orden socioeconómico⁶⁵⁵. Especialmente en aquellos casos ya citados que están protegiendo directamente los intereses de los consumidores en general – publicidad engañosa, estafa de inversores, alteración de contadores automáticos –, o los del buen funcionamiento del mercado – detracción o alteración de los precios de materias primas –, aunque también en el resto de los delitos comentados en la medida en que, aún de forma indirecta, se busca también la protección de esos intereses⁶⁵⁶. Evidentemente, habrá algún caso en que no sea posible hablar de pluralidad de personas afectadas en sentido estricto, habida cuenta de la interpretación restrictiva que habrá de hacerse siempre de estos requisitos; no obstante, a la vista de la redacción de estos tipos penales, parece claro que lo más probable sea que así sea.

En segundo lugar, por las contradicciones que plantea este requisito de perseguibilidad si lo confrontamos con otros delitos similares, empezando por los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Así es, dada la afinidad que plantean estos delitos con el de descubrimiento y revelación de secretos, no parece justificado que ambos gocen de un tratamiento diferenciado. Nos encontramos ante dos delitos que protegen los intereses particulares de su titular, en especial cuando nos encontramos ante secretos de empresa y derechos de propiedad industrial. La principal diferencia entre unos y otros podemos encontrarla en que, mientras la Sección 2ª protege la propiedad industrial registrada, la Sección 3ª hace lo propio con la propiedad no registrada. No obstante en ambos casos nos encontramos ante secretos que de uno u otro modo pueden afectar a la capacidad competitiva de su propietario, siendo el registro el criterio delimitador fundamental, derivado del hecho de que resulten totalmente incompatibles registro y secreto desde el momento en que la publicidad del registro impide mantener el conocimiento del hecho en un círculo delimitado de personas⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ Vid., en este sentido, SAP Barcelona, Sección 10ª, de 23 de marzo de 2006: “(...) El sistema instaurado por Código Penal de 1995 rompía con el precedente legislativo inmediato al requerir dicha condición de perseguibilidad, convirtiendo los injustos del capítulo en que se encuentran los delitos contra la propiedad industrial en semipúblicos (toda vez que producida la denuncia bastará con la actuación del Ministerio Fiscal) y haciendo con este régimen difícil la compatibilidad con el bien jurídico supraindividual preferente (puesto que se engloban en los delitos contra el orden socioeconómico) que aparece como directamente tutelado.”

⁶⁵⁶ Vid. MESTRE DELGADO, E. *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., pág. 368 y 373. Por contra, ALONSO PÉREZ, F. *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, op. cit., pág. 415, que entiende que resulta difícil precisar en qué casos la comisión de un delito podría afectar a intereses generales o a una pluralidad de personas, por lo que corresponderá a nuestra jurisprudencia delimitar el alcance de dichas expresiones.

⁶⁵⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S. *Derecho penal económico*, 2ª Ed., Ramón Areces, Madrid, 2010, pág. 529.

Por otro lado, al igual que tanto el descubrimiento como la revelación ilícitas de secretos de empresa pueden afectar en última instancia a los consumidores, en la medida en que afecta a su capacidad y, en consecuencia, al sistema de competencia de mercado, lo mismo podría predicarse respecto de derechos de propiedad intelectual o industrial cuando se vean vulnerados los derechos. Y es que, si el descubrimiento de un secreto puede llegar a afectar al consumidor final de un producto por impedir a su fabricante operar en condiciones libres de mercado, lo mismo podría decirse respecto de la vulneración de los derechos de propiedad industrial que igualmente afectasen a la producción de ese mismo bien.

A mayor abundamiento, estas afinidades no son únicamente predicables entre los delitos de propiedad intelectual e industrial, sino que es posible encontrar otras muchas en la práctica totalidad de los denominados delitos contra los consumidores. En el caso del delito de publicidad engañosa, su similitud con la estafa es inobjetable. Y así lo debió de entender sin duda alguna el legislador al sancionar el art. 282 “sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”, lo que de entrada resulta altamente ilustrativo en cuanto a los concursos que se pueden plantear al respecto. Nos encontramos así ante un delito claramente emparentado con el art. 248, al menos, en lo relativo al acto preparatorio de la misma, si bien no se puede negar que aquí el bien jurídico protegido es fundamentalmente colectivo y supraindividual, cuya titularidad recae sobre los consumidores, adelantándose de esta forma la protección penal a un estadio en que aún no se ha producido el daño patrimonial individual, aunque sí las expectativas de los consumidores⁶⁵⁸.

En la misma línea, en los supuestos de publicidad fraudulenta en los que se sustituye la marca o el nombre del fabricante, se podría encontrar una clara afinidad, también, con los delitos contra la propiedad intelectual o industrial. Así como también podríamos encontrar ciertas similitudes con los delitos contra la salud pública, como el del art. 363.1, sobre la omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad y composición, o la oferta o publicidad de medicamentos

⁶⁵⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S. *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 581. En parecido sentido, vid. MAPELLI CAFFARENA, B. *El delito de publicidad fraudulenta*, op. cit., pág. 96, para quien la diferencia también se encuentra en que en el delito de publicidad fraudulenta se busca la protección del mercado en vez del patrimonio de la víctima.

adulterados para su expedición (art. 362.1.3º), o la expedición o despacho de medicamentos adulterados o caducados o que incumplan las exigencias técnicas, poniendo en peligro la vida o la salud de las personas (art. 361)⁶⁵⁹.

Lo mismo podría decirse del delito de estafa a inversores, que de hecho hasta su novedosa inclusión en el año 2010, había sido considerado como un mero delito de estafa tradicional del art. 248.1. Con la nueva tipificación parece claro que lo que se persigue es proteger los intereses colectivos por encima de los individuales, si bien tal circunstancia casa mal con la perseguibilidad privada exigida por el art. 287, especialmente cuando este tipo de estafas tienen alcances masivos y perjuicios millonarios.

Adicionalmente, las similitudes existentes con el delito de estafa podrían predicarse respecto de otros tantos de los delitos, como el de facturación falsa del art. 283, que no es más que una forma específica de defraudación. Y, en otro orden de ideas, también podemos destacar otras tantas correlaciones como la del delito de piratería de servicios de radiodifusión o interactivos del art. 286, que en cierto modo se asemeja con el delito relativo a la propiedad intelectual, como se ha dicho, al menos en lo relativo a los derechos del titular de la emisión.

Y lo mismo podría decirse, incluso, de otros tantos delitos incluidos dentro de este mismo capítulo, como el de alteración de precios de materias primas o productos de primera necesidad del art. 281 y el de maquinación para alterar los precios de las cosas del art. 284, en especial en lo concerniente al primera apartado, e incluso probablemente también con el delito de abuso de información privilegiada del art. 285. En este caso, aun tratándose todos ellos de delitos contra los consumidores, mientras el primero de los ilícitos sí estaría sometido a condición de perseguibilidad, los otros dos podrían ser perseguibles públicamente. Y ello, pese a que en ambos casos el bien jurídico protegido sería el mercado y los intereses de los consumidores, así como que, sin duda alguna, la conducta del art. 281 alcanza un mayor perjuicio por tratarse de productos esenciales para los propios consumidores, razón por la cual conllevan una pena de prisión mucho

⁶⁵⁹ MAPELLI CAFFARENA, B. *El delito de publicidad fraudulenta*, op. cit., pág. 96 y 97.

más elevada – de hasta cinco años, con posibilidad de imponerse la pena superior en grado “si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas” –.

Evidentemente, del mismo modo que existen elementos característicos entre todos los antedichos tipos penales, sin duda alguna existen otras tantas diferencias y particularidades que podrían justificar su razón de ser. No sin embargo el distinto tratamiento en cuanto a su perseguibilidad. Tanto desde el punto de vista político-criminal, habida cuenta de los elementos comunes que podemos encontrar entre muchos de ellos, como del de los problemas concursales que pudieran darse en muchos de los casos.

(3).- No obstante lo expuesto, y una vez acreditada la incoherencia e inoperatividad de estos requisitos en los delitos contra los consumidores y usuarios, es lo cierto que la progresiva eliminación de esta exigencia en muchos de los ilícitos para los que inicialmente fue exigido, poco a poco va corrigiendo muchos de los problemas originados.

Es el caso de, además de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial ya apuntados, de los delitos bursátiles contemplados en los arts. 284 y 285, en los que la eliminación del requisito de perseguibilidad sin duda alguna debió responder a que, tal y como venía afirmando parte de la doctrina, la persecución a instancia de parte no parecía pensada para estos delitos, en la medida en que, desde el ámbito administrativo, le corresponde precisamente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la actuación de oficio, por ser una de sus funciones descubrir los delitos posibles de esta índole y, en todo caso, ayudar a su esclarecimiento y persecución⁶⁶⁰. Circunstancia ésta que sin duda alguna también debería extenderse al nuevo delito de estafa a inversores del art. 282 bis.

En efecto, en la medida en que ambas conductas se encuentran sancionadas por la Ley 24/1988, de 28 de julio, y de que corresponde a la citada CNMV las funciones de supervisión e inspección de los mercados de valores, así como de la de velar por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los

⁶⁶⁰ CALDERÓN SUSÍN, E. *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal* (Dir. SORIANO SORIANO, J. R.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pág. 254.

mismos y la protección de los inversores, poseyendo para tal fin la oportuna potestad sancionadora, es sin duda alguna inexplicable que si los incumplimientos de índole administrativo son perseguibles públicamente, no se proceda en igual sentido en sede penal para aquellos ilícitos de mayor gravedad.

§ XIII. 4. - Conclusiones

(1).- Tratándose de la primera vez en la que un Código penal optaba por dotar de protección formal a los consumidores y usuarios, mediante la incorporación de diversos tipos tendentes a proteger estos intereses, no es posible encontrar ningún tipo de precedente en relación con la exigencia de ninguna condición de perseguibilidad en esots ilícitos. Y ello, pese a que algunas de las figuras recogidas en este capítulo ya estaban reguladas en Códigos anteriores, como sucede con el descubrimiento y revelación de secretos de empresa, si bien con sensibles diferencias.

(2).- A pesar de la pluralidad de delitos agrupados por este Capítulo, todos ellos pueden clasificarse entre (a) aquellos cuyo ámbito de protección son los intereses del empresario – descubrimiento y revelación de secretos de empresa, piratería de servicios de radiodifusión –, (b) los del buen funcionamiento del mercado – detracción de materias primas, maquinación para alterar el precio de las cosas –, y (c) los que afectan más directamente a los intereses de los consumidores – publicidad engañosa, estafa de inversores, alteración de contadores automáticos –. No obstante, al verse comprometidos, ya sea directa o indirectamente los intereses del consumidor en el más amplio sentido, todos estos delitos parecen orientados a preservar en última instancia bienes económicos de índole supraindividual mediante la protección última de los intereses de los consumidores.

(3).- Nos encontramos ante la primera vez en que es posible apreciar la afectación de intereses colectivos frente a intereses individuales de la víctima. Hasta ahora, la justificación del sometimiento de la perseguibilidad a la voluntad de la víctima pretendía apoyarse, en mayor o menor medida, en la afectación de intereses exclusivamente individuales y en la especial disponibilidad de los mismos por parte de

la víctima. Por este motivo, la redacción el art. 287.1 no deja de causar cierta sorpresa, especialmente tras la reforma operada por la LO 15/2003, que limitó el ámbito de aplicación del requisito de perseguibilidad únicamente a la Sección 3ª, dejando de lado los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. A partir de dicho momento, es evidente que la limitación de la punibilidad en este tipo de delitos poco o nada tiene que ver con la especial disponibilidad del bien jurídico protegido.

Así, el sometimiento de estos delitos a algún tipo de condición de perseguibilidad carece de sentido. De hecho, resulta verdaderamente paradójico que dicha reforma supusiese precisamente la exclusión de la perseguibilidad privada en los atentados contra la propiedad intelectual e industrial, que afectaban esencialmente a los intereses privados de la víctima. Especialmente cuando en opinión de ciertos sectores, la exigencia de previa denuncia del agraviado parecía justificarse más claramente en estos delitos. Máxime, también, cuando no es descartable que, dado lo novedoso de muchos de estos tipos penales – por su reciente incorporación al Código penal en la mayoría de los casos – es posible, incluso, que las propias víctimas de delitos contra los consumidores no sean conscientes de estar sufriendo un delito.

Por otro lado, si todos esos ilícitos, como hemos visto, están ya regulados de algún modo en otras legislaciones tales como la mercantil o la administrativa, que evidentemente ya se ocupan de sancionar aquellos atentados menos lesivos, es claro que el principio de intervención mínima ya está debidamente atendido por la legislación penal. No es necesaria por tanto la exigencia de la denuncia del agraviado para justificar la no intervención del Derecho penal cuando éste entienda que el daño ocasionado es insuficiente para iniciar ningún tipo de acción penal contra el agresor, sino que corresponderá en todo caso al *ius puniendi* atender a las circunstancias concretas del caso el derivar la causa a otro tipo de orden jurisdiccional para sancionar aquellas conductas carentes de alarma social suficiente dada su escasa entidad.

CAPÍTULO XIV. - DELITOS SOCIETARIOS

§ XIV. 1. - Introducción

(1).- Al igual que sucede con otros tipos sometidos a este régimen de perseguibilidad, los delitos societarios gozan de un alto componente de *publicidad* que les permite pasar a tener consideración eminentemente *pública* siempre que concurran los presupuestos del art. 296.2, es decir, cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. En estos casos, el Ministerio Fiscal podrá actuar, tal y como sucede con el resto de ilícitos contemplados en nuestro Código punitivo, directamente de oficio y sin que el ofendido o agraviado tenga ningún tipo de especial influencia sobre el procedimiento penal.

Es por ello, que no han faltado opiniones doctrinales y jurisprudenciales que afirman que la redacción del art. 296, en función de los distintos supuestos contemplados, permitiría tildar a los delitos societarios de *privados*, *semipúblicos* o *públicos*. Privados, en el supuesto del inciso primero del art. 296.1, al ser infracciones únicamente perseguibles a instancia de parte; semipúblicos, para el caso del art. 296.1, inciso segundo, por permitir la intervención del Ministerio Público en supuestos de incapacidad, desvalimiento o minoría de edad; y públicos, en el del art. 296.2, en cuyo caso el Ministerio Fiscal estaría legitimado para intervenir con total libertad⁶⁶¹. Opiniones algo más extremas han llegado al punto de afirmar que la actuación de éste quedaría relegada, en principio, a un segundo plano, estando supeditada a la previa iniciativa de los agraviados y manteniendo una posición supletoria en casos de incapaces, menores de edad y desvalidos. Esta privacidad vendría dada además como consecuencia de que, si bien es cierto que el referido precepto no concede, desde un punto de vista meramente teórico, ningún tipo de eficacia en cuanto al perdón, en la práctica los querellantes guardarían plena disposición de la acción penal al tener la capacidad de desistir de la misma, lo que podría producir los mismos efectos en la medida en que conllevaría “normalmente al archivo de la causa”. Y lo mismo sucedería

⁶⁶¹ SERRANO GÓMEZ, A. *Delitos societarios y condiciones objetivas de perseguibilidad*, op. cit., pág. 397 y ss. Entre la jurisprudencia, vid. *ad exemplum*, SAP Almería, Sección 3ª, de 5 de mayo de 2003.

en el caso de los menores, desvalidos en incapaces, que podrían desistir de la acción, sin que el Ministerio Público pueda evitarlo habida cuenta de que el mismo no puede ser revisado a no ser que la Ley lo autorice expresamente⁶⁶².

Estas teorías no resultan, no obstante, completamente acertadas, pues en la medida en que el Ministerio Fiscal podría intervenir como parte en el supuesto del primer inciso del art. 296.1, siempre y cuando el delito hubiera sido previamente denunciado por el agraviado⁶⁶³, resulta obvio que los delitos societarios gozan de cierto componente de *publicidad*. Dado que en este caso el Ministerio Público sí tiene capacidad de actuación, no es posible hablar en modo alguno de delitos privados, al menos no en los estrictos términos previstos para los delitos de injurias y calumnias, donde únicamente puede comparecer la acusación particular en representación del ofendido.

Por otro lado, tampoco es posible hacer depender el componente de privacidad de los delitos de los efectos que en la práctica puede tener el desistimiento del querellante, pues en tal caso, podríamos encontrarnos con que, no sólo los delitos societarios, sino cualesquiera otros de los previstos en nuestro Código penal – sometidos a condiciones objetivas de perseguibilidad o no –, deberían de ostentar tal condición. Todo ello, en la medida en que en no pocas ocasiones, y con independencia del delito de que se trate – ya sea una estafa, una lesión, o cualquier otro –, el propio perjudicado puede dificultar la labor del Ministerio Fiscal, no sólo mediante el desistimiento, sino utilizando otros tantos recursos que igualmente pueden impedir una sentencia condenatoria, tales como, v. gr., la no comparecencia en juicio para declarar sobre los hechos o la matización de su declaración o denuncia en el acto del juicio oral. Obviamente, y aunque desde un plano teórico dichas estrategias, además de contrarias a Derecho, no debieran impedir la

⁶⁶² MARTÍN PALLÍN, J. A. *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal*, op. cit., pág. 309 y ss.

⁶⁶³ Así lo entiende de hecho el Tribunal Supremo en su STS de 20 de diciembre de 2006: “la legitimación implica la determinación a quien la Ley confiere el poder de disposición mediante el cual, en estos casos, el procedimiento penal se posibilita como el acto de voluntad por el que se hace desaparecer el impedimento para proceder, si bien una vez presentada la denuncia corresponde el ejercicio de la acción al Ministerio Fiscal sin perjuicio de que el denunciante se constituya en forma en parte, y formule también su pretensión punitiva, es lo que se denomina por la doctrina de “traspaso de persecución” y situación de interviniente adhesivo.” En parecido sentido, afirma la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª, en su auto de 27 de junio de 2011, que “(...) una vez formulada la denuncia e iniciado el procedimiento, su naturaleza y por tanto las reglas procesales que le atañen, son las mismas que los del resto de los delitos públicos.”

condena del ofensor, en la práctica son situación que pueden llegar a sucederse, así como provocar que la misma sea inviable⁶⁶⁴.

De hecho, la posibilidad de la intervención del Ministerio Fiscal, que impide poder afirmar que nos encontremos ante un delito de naturaleza exclusivamente privada, produce además importantes efectos cuando de relaciones parentales se trata. En efecto, a la vista de que tanto el art. 103 LECrim.⁶⁶⁵ como el art. 268.1 CP⁶⁶⁶ (aplicable según alguna jurisprudencia por tratarse de delitos de corte patrimonial), impiden la presentación de querellas contra los cónyuges y familiares cercanos, así como de la existencia de toda una infinidad de sociedades creadas dentro del ámbito familiar, resulta ciertamente frecuente el empleo de la denuncia para la persecución de este tipo de delitos para, una vez personado el Ministerio Fiscal, permanecer en el procedimiento como meros actores civiles⁶⁶⁷.

(2).- Por otro lado, la antedicha publicidad de los delitos societarios resulta aún más clara en el supuesto previsto en el art. 294, en el caso concreto de negación de información a las entidades inspectoras o supervisoras cuando la sociedad esté sometida a supervisión administrativa, pues pese a la disposición del art. 296.1, tiene una vocación exclusivamente pública. Así es, nos encontramos ante una figura de corte eminentemente público, que no debiera someterse por tanto a ningún tipo de condición

⁶⁶⁴ Sobre la relevancia de la víctima como colaborador indispensable en el transcurso del procedimiento, vid., FERRERIO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*, op. cit., pág. 316 y ss.

⁶⁶⁵ Art. 103 LECrim.: “Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí: 1. Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos y por el delito de bigamia. / 2. Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros.”

⁶⁶⁶ Art. 268.1 CP: “Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación.”

⁶⁶⁷ Vid. más ampliamente CASTRO MORENO, A. *Análisis teórico-práctico de la condición objetiva de procedibilidad en los delitos societarios (especial referencia a la legitimación activa del Ministerio Fiscal)*, Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal nº 19, 2008, pág. 50 y 51, donde cita como referencia multitud de supuestos jurisprudenciales tales como los autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de octubre de 2006, de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de septiembre de 2006, de la Audiencia Provincial de Murcia de 17 de marzo de 2006, entre las que reconocen la inviabilidad de la querrella *ex* art. 103 LECrim.; y los autos de la Audiencia Provincial de Gerona de 4 de noviembre de 2005 y 28 de junio de 2004 que aceptan la posibilidad de formulación de denuncia y ulterior personación como actores civiles. Asimismo, el antedicho autor hace referencia a una tercera corriente jurisprudencial, entre las que se podrían destacar el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de septiembre de 2006 y el de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de marzo de 2004, aplicable a estos supuestos, en los que se reconoce que la propia mercantil dotada de personalidad jurídica independiente y autónoma, puede hacer de pantalla y evitar que se encuentre ligada por afinidad o consanguinidad con el querrellado.

de perseguibilidad, habida cuenta de que el agraviado aquí es siempre el propio ente público responsable de esa tarea de supervisión y control⁶⁶⁸. Si, como acabamos de ver, tras la reforma del año 2010 los arts. 284 y 285 pasaron a ostentar la condición de delitos públicos, lo mismo debiera predicarse respecto del art. 294, por entenderse que podrían entorpecer la labor de la CNMV, por ser la encargada de velar por la transparencia de los mercados e investigar, entre otras, las irregularidades relacionadas con el uso indebido de información privilegiada o la alteración de los precios, lo mismo debería predicarse aquí respecto del entorpecimiento de la labor de los inspectores, de la CNMV en su caso, o de cualquier otro tipo de organismo público.

(3).- En último lugar, es de destacar asimismo, que las personas facultadas para denunciar el hecho podrán variar en función del delito societario de que se trate, siempre que pueda ser considerado agraviado, obviamente. Para el caso previsto por el art. 290 podrá interponer denuncia la sociedad, alguno de los socios o un tercero; para el art. 291, los socios; para el art. 292, la sociedad o cualquiera de sus socios; para el art. 293 los socios; y, para el art. 295, los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren⁶⁶⁹.

§ XIV. 2. - Antecedentes histórico-legislativos

(1).- La posibilidad de regular los delitos societarios en España, bajo la primigenia denominación de “delitos financieros”, fue contemplada por primera vez en nuestro ordenamiento en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1980⁶⁷⁰. Sin

⁶⁶⁸ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español. Parte Especial*, op. cit., pág. 544 y ss. En opinión de dicho autor, el hecho de que la CNMV (art. 14 LMV) o el Banco de España (art. 1 L 13/1994) estén configuradas como entidades públicas de régimen privado salvo en *el ámbito de sus funciones*, permite considerar que esta infracción no podrá quedar condicionada a la previa interposición de denuncia de parte, pudiendo ser perseguida directamente por el Ministerio Fiscal y considerada como un delito público; en parecido sentido, vid. también ESCUDERO, J. F./GARCÍA, M. C. y otros autores, *Delitos societarios, de la receptación y contra la Hacienda pública*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 200; Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *El delito societario de administración desleal*, op. cit., pág. 87, quien aunque no reconoce la publicidad del delito en este supuesto, sí viene a afirmar que en el caso del art. 294 se afecta directamente al orden socioeconómico en sentido estricto.

⁶⁶⁹ SERRANO GÓMEZ, A. *Delitos societarios y condiciones objetivas de perseguibilidad*, op. cit., pág. 397.

⁶⁷⁰ Para algunos autores, como STAMPA BRAUN J. M^a./BACIGALUPO ZAPATER E. *La reforma del Derecho penal económico español*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, pág. 25, o CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Protección del sistema financiero*, La Ley, n^o 5865, 7 de octubre de

embargo, en dicha ocasión el legislador no previó someter la persecución de los mismos a ninguna condición de perseguibilidad.

Este intento inicial, que suponía buscar cierta armonía con las reformas que al respecto ya estaban llevando a cabo países de nuestro entorno como Italia, Francia o Alemania, no fue sin embargo bien acogido por parte de ciertos sectores doctrinales, que aun cuando no mostraron una oposición expresa a la regulación penal de estas conductas, sí advirtieron sobre la necesidad de relegarlos a un segundo plano en relación con la normativa mercantil y administrativa – principio de subsidiariedad – y reservarlos únicamente para aquellos ilícitos no sancionables eficazmente mediante dichas leyes – principio de intervención mínima –. Entre los distintos reproches esgrimidos, podemos destacar deficiencias tales como no haber determinado de forma suficientemente clara el bien jurídico protegido objeto de los delitos que se pretendía regular *ex novo*, la defectuosa redacción de los tipos, o, en relación con los denominados *delitos financieros*, la creación de delitos especiales de forma innecesaria, mediante la inclusión de tipos nuevos para regular conductas ya penadas por otros preceptos preexistentes – como la denominada “simulación valiéndose de una sociedad e insolvencia punible”, subsumible en la conducta típica del alzamiento de bienes –, la restricción de otros tipos de forma injustificada – como la limitación de la denominada “administración fraudulenta” sólo al ámbito societario cuando podría darse en cualquier tipo de relación comercial y civil –, o la punición de conductas que pudieran estar ya eficazmente

2003, la inclusión de estos nuevos delitos respondía, al menos en parte, a la más amplia exigencia constitucional de tutela de derechos, razón por la cual los proyectos de reforma del antiguo Código penal de 1973, entre los que se encontraban la regulación de los delitos societarios, surgieron a partir de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978. Esta opinión fue compartida en parte por BAJO FERNÁNDEZ, M. *El proyecto de Código Penal y el art. 38 de la Constitución*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad Santiago de Compostela, La Coruña, 1980, pág. 438 y ss., al entender que desde el Código penal liberal de 1948, que castigaba el delito de maquinación para alterar el precio de las cosas, se venía producido un paulatino aumento de la intervención penal en el mundo mercantil, entendiendo además que el Código penal debería incriminar aquellas conductas que, al menos, pudieran servir para establecer unos objetivos mínimos. Sin embargo, de esta posición discrepan autores como SÁNCHEZ ÁLVAREZ M. M^a. *Los delitos societarios*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 25 y ss., en el entendimiento de que nuestra Constitución Española configura un modelo económico abierto, que permite un diverso juego de programas y opciones, con la única exigencia de que se respeten los contornos básicos del modelo constitucional de una economía social y de mercado; por este motivo, y al no haber ningún mandato de protección concreto, la posición en relación con la criminalización del modelo económico es completamente neutra. Al respecto se ha pronunciado también MARTÍN PALLÍN, J. A. *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal* (Dir. SORIANO SORIANO, J. R.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pág. 292, afirmando que la Constitución “alude de manera genérica a las exigencias de la economía general pero no precisa cuáles son los márgenes de actuación permitidos por el sistema de economía libre, aunque no se puede olvidar que nuestro texto fundamental no descarta la adopción de medidas intervencionistas acudiendo a la planificación económica”.

reguladas en la legislación mercantil – como el abuso de posición mayoritaria por parte de los socios –⁶⁷¹.

Todas estas críticas resultan verdaderamente reveladoras, pues el no haber logrado solucionar eficientemente los problemas y dudas planteados en dicho momento, es sin duda alguna el origen de muchos de los inconvenientes que actualmente nos encontramos en la identificación y aplicación de los tipos penales, empezando por la imposibilidad de justificar el sometimiento de los mismos a ningún tipo de requisito de perseguibilidad del art. 296, como veremos a continuación.

(2).- Por otro lado, la exigencia de dicha previa denuncia por el agraviado en este tipo de delitos, no fue contemplada inicialmente, ni en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal de 1983 ni, posteriormente, en el Anteproyecto del Nuevo Código penal de 1992, aunque ahora bajo la denominación de *delitos socioeconómicos*⁶⁷². Fue a partir de este momento cuando empezaron a surgir ciertas posiciones doctrinales propicias a condicionar la persecución de esos delitos mediante la exigencia de previa interposición de querella por parte de los perjudicados, sobre la base de la necesidad de facilitar la labor de los Juzgados mediante la aportación de los primeros indicios de delito en operaciones que, por lo general, suelen resultar especialmente complejas y difíciles de esclarecer⁶⁷³. Así, el primer intento en exigir la presentación de querella por parte de los perjudicados o del Ministerio Fiscal como requisito previo para el enjuiciamiento de este tipo de delitos lo encontramos en el Proyecto de Ley Orgánica

⁶⁷¹ Vid. al respecto STAMPA BRAUN J. M^a. /BACIGALUPO E. *La reforma del Derecho penal económico español*, op. cit. pág. 56 y ss., quienes, además se posicionaron a favor de la denominación “delitos societarios” en detrimento de los “delitos financieros”, por entender que los mismos se vinculaban más bien a “hechos punibles cometidos en la fundación y la administración de sociedades”.

⁶⁷² Vid. BAJO, M. *El proyecto de Código Penal y el art. 38 de la Constitución*, op. cit., pág. 433 y ss., que se venía refiriendo a los delitos de esta naturaleza como “delitos socioeconómicos”; vid. también SEQUEROS SAZATORNIL, F. *El alumbramiento de los delitos societarios: juicio crítico sobre la necesidad y la oportunidad de su regulación*, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, disponible desde Internet en: <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL08.pdf> (consultado el 12 de octubre de 2011), pág. 1050; MARTÍNEZ PEREDA, J. M. *Introducción a los delitos societarios*, en *Delitos en el ejercicio de la actividad empresarial*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, nº V, Madrid, 1997, pág. 268, que explica que la expresión “delitos financieros”, procedente del término francés *financier* y derivado a su vez de *finances*, no era del todo correcta por estar vinculada, según el diccionario de la RAE, a “lo perteneciente o relativo a la hacienda pública, a las cuestiones bancarias y bursátiles o a los grandes negocios mercantiles”; razón por la cual fue sustituida por la denominación “delitos societarios”, derivada de la palabra latina *societas*, relacionada directamente con el fenómeno asociativo.

⁶⁷³ Así lo entendía, entre otros, SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Los delitos societarios en el ANCP*, Actualidad Jurídica Aranzadi, 1992, núm. 48, 9 de abril, pág. 2.

del Código penal de 1992⁶⁷⁴. Los delitos societarios adquirirían así una condición claramente *privatista* al exigir para la apertura del procedimiento penal, no ya la previa interposición de denuncia, sino de una querella – con abogado y procurador – por parte del perjudicado, permitiendo únicamente la participación del Ministerio Público en supuestos de peligro hacia los intereses generales⁶⁷⁵.

Esta exigencia prevaleció en el siguiente Anteproyecto de la Ley Orgánica del Código penal de 1994⁶⁷⁶, nuevamente bajo la exigencia de previa interposición de querella, no siendo hasta la redacción del vigente Código penal cuando se introdujo además la posibilidad de la presentación de mera denuncia en su lugar, pese a que en su Anteproyecto aún era exigida únicamente la previa formulación de querella⁶⁷⁷. Dicha importante modificación, fue interpretada por algunos autores como el resultado de la voluntad del legislador de ofrecer a los perjudicados por estos delitos las mayores facilidades posibles desde una perspectiva estrictamente procesal, al no obligarles a soportar el desembolso económico de la interposición de una querella, por lo general mucho más documentada y fundamentada que la simple denuncia. De hecho, las consecuencias de la interposición de la querella habrían ido mucho más allá, al exigirse el ejercicio de la acción penal en el procedimiento, con muchas más implicaciones que las previstas para ningún otro delito de corte patrimonial o socioeconómico.

⁶⁷⁴ PLOCP 1992, art. 304: “Los hechos descritos en los artículos precedentes del presente Capítulo sólo serán perseguibles a querella de los perjudicados o del Ministerio Fiscal, que la interpondrá solamente cuando se aprecie peligro para los intereses de terceros o generales”.

⁶⁷⁵ Cfr. FARALDO CABANA, P. *Rasgos comunes a todos los delitos societarios. Los artículos 296 y 297 del Código penal de 1995*, op. cit., pág. 52, para quien el hecho de exigirse únicamente querella en el PCP de 1992 convertía en privados los delitos societarios, a diferencia de lo que ocurriría en la redacción final dada por el Código penal de 1995, donde éstos pasarían a una condición semipública muy próxima a la pública; en parecido sentido Vid. también SEQUEROS SAZATORNIL, F. *Delitos societarios y conductas afines*, op. cit., Madrid, pág. 443.

⁶⁷⁶ ALOCP 1994, art. 297: “Los hechos descritos en el presente Capítulo sólo serán perseguibles mediante querella de los perjudicados o de sus representantes legales. En el caso de incapaces menores y ausentes, o cuando se aprecie peligro para los intereses generales, también podrá interponer querella el Ministerio Fiscal.”

⁶⁷⁷ El art. 299 del anteproyecto del vigente Código penal contenía exactamente la misma redacción que la del anterior art. 297 ALOCP 1994. Vid. CASTRO MORENO, A. *Análisis teórico-práctico de la condición objetiva de procedibilidad en los delitos societarios (especial referencia a la legitimación activa del Ministerio Fiscal)*, op. cit., pág. 50, para quien dicha importante modificación, sería interpretada por algunos autores como el resultado de la voluntad del Legislador de ofrecer a los perjudicados por estos delitos las mayores facilidades posibles desde una perspectiva estrictamente procesal, al no obligarles a soportar el desembolso económico de la interposición de una querella, por lo general mucho más documentada y fundamentada que la simple denuncia.

La redacción definitiva del art. 296 introdujo además otra importante modificación en relación con el art. 297 del Anteproyecto de 1994 y el anterior art. 304 del Proyecto de 1992, al permitir el inicio de las acciones legales por parte de los *agraviados* en vez de por los *perjudicados*, quizás, en previsión de los problemas técnicos que podría plantear la persecución de determinados delitos societarios que, no exigiendo la causación de un perjuicio concreto – delitos de peligro abstracto –, podrían provocar la inexistencia de perjudicados y, consecuentemente, de legitimados para la persecución del delito. Situación ésta que podría producirse asimismo en el caso de los delitos acaecidos en grado de tentativa, donde tampoco podría encontrarse el resultado lesivo de la acción, ni la consecuente existencia de ningún perjudicado legitimado para la interposición de la acción penal. Precisamente por esta razón, y dadas las dificultades que podrían suscitarse, el legislador optó por sustituir el término perjudicado por el de agraviado, dotado de unas connotaciones sensiblemente más amplias en términos de legitimación del sujeto activo⁶⁷⁸.

(3).- Como veremos más adelante, la doctrina científica ha venido mostrando diversidad de opiniones, a favor y en contra de la imposición de este requisito de perseguibilidad, tanto antes como después de la aprobación del vigente Código penal, sobre la base de una diversidad de argumentos. Con carácter general, quienes han acogido favorablemente esta postura, lo han hecho alegando circunstancias tan genéricas como los principios de oportunidad, proporcionalidad, fragmentariedad, subsidiariedad o intervención mínima del Derecho penal, pues muchas de estas conductas ya tienen respuesta en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, tampoco han faltado las críticas a esta opinión, bajo la premisa de que este tipo de medidas limitan la capacidad punitiva de nuestro ordenamiento respecto de determinados hechos delictivos susceptibles lesionar intereses de notable entidad⁶⁷⁹. Estas mismas críticas también han venido motivadas en ocasiones por la indeterminación de dicha excepción, así como por carecer de sentido desde el punto de vista de que, al tratarse todos los delitos societarios de ilícitos cometidos en entidades o instituciones cuyo común denominador es su finalidad – “para intervenir en el mercado” –, lo lógico será exigir la defensa de dicho

⁶⁷⁸ Vid. CASTRO MORENO, A. *Análisis teórico-práctico de la condición objetiva de procedibilidad*, op. cit., pág. 52.

⁶⁷⁹ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 113.

mercado, junto con los intereses generales, mediante la eliminación del referido obstáculo de perseguibilidad⁶⁸⁰.

De hecho, fue precisamente este punto, junto con la existencia de esta diversidad de argumentos en uno y otro sentido, los que motivaron la única enmienda a los delitos societarios durante su tramitación parlamentaria. En efecto, mientras la propuesta del Partido Socialista en la redacción del vigente art. 296 proponía distintas vías para afrontar la represión de los delitos de naturaleza societaria (de un lado, la apertura del procedimiento a instancias del agraviado y, de otro y sólo para casos excepcionales, por el Ministerio Fiscal “cuando se aprecie peligro para los intereses generales”, entre otros supuesto), la enmienda nº 772 presentada en el Congreso por Grupo Federal de Izquierda Unida propuso la supresión de esta medida alegando que el bien jurídico protegido por los delitos societarios gozaba de suficiente entidad como para no limitar su persecución a la voluntad de la iniciativa privada⁶⁸¹.

Más en concreto, la exposición de dicha enmienda entró de lleno en el debate sobre la consideración pública o privada de este tipo de delitos, de tal forma que Izquierda Unida vino a defender su naturaleza pública debido a su interés general y por afectar este tipo de infracciones a la vida económica en general, entendiendo por el contrario que la redacción del actual art. 296 pretendía dotar a los delitos societarios de una naturaleza exclusivamente privada. Frente a dicha tesis, el Grupo Socialista opinó por el contrario que, dada la excepción del art. 296.2 que permitía la denuncia por el Ministerio Fiscal en casos de que esos intereses generales pudieran verse afectados, efectivamente la

⁶⁸⁰ BUFETE RAMÓN HERMOSILLA, *Los delitos societarios del Código penal de 1995*, Mac Graw-Hill - Compañía General de Inversiones, Madrid, 1996, pág. 36.

⁶⁸¹ CORTES GENERALES, DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS COMISIONES, año 1995, V Legislatura, Núm. 512, JUSTICIA E INTERIOR, PRESIDENTE: D. JAVIER LUIS SAENZ COSCULLUELA, Sesión núm. 66 celebrada el martes, 6 de junio de 1995, disponible desde Internet en: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLIST&BASE=puw5&DOCS=1-1&QUERY=\(CDC199506060512.CODI.\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLIST&BASE=puw5&DOCS=1-1&QUERY=(CDC199506060512.CODI.)), (consultado el 27 de octubre de 2013). El Grupo Federal de Izquierda Unida, representado por el Sr. López Garrido, aunque consideró “aceptable” la redacción del futuro Capítulo XIII del Título XIII relativo a los delitos societarios – arts. 290 a 297 –, planteó tres enmiendas contra la misma; entre ellas, la que consideró de mayor importancia fue precisamente la nº 772 – en relación con el requisito de perseguibilidad del futuro art. 296 –, en el entendimiento de que nos encontramos ante delitos de naturaleza pública, que no privada: “ya no estamos ante la facilidad de intereses que hay cuando una persona roba algo a otra, y está claro quién es el autor y quién la víctima; en estos casos las actuaciones delictivas, las actuaciones fraudulentas dentro de las sociedades implican a muy diversos intereses, no solamente los de los acreedores, sino también las de los deudores, no solamente las de las mayorías societarias sino también los de las minorías, no solamente los de los administradores sino los de los socios, hay una enorme cantidad de intereses en presencia (...)”.

redacción finalmente propuesta estaba defendiendo la consideración pública de este tipo de delitos.

No obstante, aunque efectivamente la principal razón esgrimida por el Sr. Mohedano – representante del Grupo Socialista en ese debate –, era que dado que el Ministerio Fiscal podía impulsar el procedimiento en determinados supuestos, no cabía dudar de la publicidad de este tipo de delitos, también comenzó su exposición reconociendo que el capítulo relativo a los delitos societarios había sido redactado partiendo de la necesidad de limitar la tendencia inflacionista del Derecho penal y su recuperación como instrumento excepcional, dado su carácter de *última ratio*, limitando en consecuencia sus efectos únicamente a las agresiones más relevantes y peligrosas. Son éstos, por tanto, los principios que debemos entender que estuvieron presentes en el legislador a la hora de redactar los términos concretos del requisito de perseguibilidad que finalmente contemplaría el art. 296 CP.

§ XIV. 3. - Pluralidad de bienes jurídicos: intereses económicos individuales de los socios e intereses generales del buen funcionamiento del orden socioeconómico

(1).- Como no podía ser de otro modo, el comúnmente llamado Derecho penal económico está sometido a los mismos principios jurídico-penales que el resto del Derecho penal clásico o nuclear. Es una denominación que tradicionalmente ha adoptado la doctrina, no en relación a un Derecho penal diferenciado del que pueda abarcar a otras conductas con mayor tradición histórica, sino para referirse a una vertiente caracterizada por una proyección económica que, en términos muy generales, tendría por objeto la protección del orden económico⁶⁸².

Tradicionalmente el Derecho penal económico ha sido definido desde una doble perspectiva⁶⁸³. En sentido estricto, concebido como aquel conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del

⁶⁸² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, op. cit., pág. 71 y ss.

⁶⁸³ BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S. *Derecho penal económico*, 2ª Ed., Ramón Areces, Madrid, 2010, pág. 14. BAJO FERNÁNDEZ, M. fue quizás el primer autor en España que estableció esta distinción, posteriormente asumida por la gran mayoría de la doctrina.

intervencionismo estatal de la economía. Nos encontramos de este punto de vista ante una categoría de delitos que atenta contra la actividad interventora y reguladora del Estado, también denominado por parte de la doctrina como *Derecho penal administrativo económico*⁶⁸⁴. Este es el rasgo originario de los delitos económicos del que, a su vez, partirán otras características comunes de los comportamientos que sanciona, tales como el frecuente origen empresarial del sujeto activo o la utilización de elementos económicos para su realización⁶⁸⁵.

En sentido amplio, el Derecho penal económico puede definirse además como el conjunto de normas jurídico-penales que protege el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Dicho segundo grupo abarca aquellas infracciones vulneradoras de bienes jurídicos supraindividuales de contenido económico que, si bien no afectan directamente a la relación jurídica del intervencionismo estatal de la economía, trascienden la dimensión puramente patrimonial individual, bien por tratarse de intereses de contenido económico, bien por tratarse de intereses de amplios sectores o grupos de personas⁶⁸⁶. Y en la medida en que resultan afectados, no sólo el interés del Estado, sino además los intereses patrimoniales, podemos concluir que constituirán también delitos socioeconómicos aquellos que lesionen en primer término intereses patrimoniales individuales y sólo en segundo lugar el orden económico – v. gr., insolvencia punible, competencia ilícita, abusos de crédito, etc. –⁶⁸⁷.

El Derecho penal económico comprende por tanto aquellas infracciones que, lesionando intereses individuales como la propiedad privada o el derecho de crédito, trascienden el orden económico en sentido amplio⁶⁸⁸. Esta protección incluye aquellos delitos que puedan lesionar o poner en peligro, bien la propia estabilidad económica, bien la confianza de los particulares en la honestidad de las prácticas comerciales o en el buen

⁶⁸⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico. Parte General*, op. cit., pág. 94. Para dicho autor, la diferenciación entre un concepto estricto y un concepto amplio de delitos económicos fue tomada en consideración por el Proyecto alternativo alemán del Código penal, en la redacción del Título segundo de su parte especial – “Delitos contra la economía” –, siendo posteriormente asumida por la doctrina española y plasmada en los proyectos españoles del Código penal de 1995.

⁶⁸⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Estudios de Derecho penal económico*, Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 86 y 87.

⁶⁸⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, op. cit., pág. 94 y ss.

⁶⁸⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Estudios de Derecho penal económico*, op. cit., pág. 87.

⁶⁸⁸ BAJO, M./BACIGALUPO S. *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 14.

funcionamiento de las instituciones públicas reguladoras y supervisoras de la economía⁶⁸⁹. Consecuentemente, esta rama del Derecho penal tendrá por objeto aquellos delitos con vocación protectora de las relaciones mercantiles o con vocación económica tales como la estafa, la apropiación indebida, los delitos de insolvencia, delitos contra las actividades mercantiles, delitos de falsedad, delitos societarios, etc. A la vista de todo lo anterior, el bien jurídico protegido tutelado por esta rama del Derecho penal tendrá vocación tanto individual como supraindividual.

(2).- Tradicionalmente, la doctrina más especializada viene identificando el orden económico como el bien jurídico protegido del Derecho penal económico aunque con importantes matizaciones. Para ciertos sectores, dicho bien jurídico no tiene nada que ver con que este tipo de delitos aparezcan en nuestro Código penal bajo la rúbrica “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, sino que aparece más bien vinculado al interés del Estado en proteger las relaciones de trascendencia económica, que podrá variar en función de cada uno de los delitos en cuestión⁶⁹⁰.

Sin embargo, dicha delimitación resulta insuficiente en opinión de otros, que entienden que el Derecho penal económico no tiene por objeto la protección del sistema económico en sentido global, así como tampoco de determinados sectores, pues muchas veces resulta muy difícil probar que el delito lesiona dichos intereses. El delito económico constituye más bien la defraudación de una expectativa normativa de conducta en el sector económico, y para su restablecimiento se hace precisa la imposición de una sanción penal. Ahora bien, para el mantenimiento de dichas expectativas no es necesaria la condena de todas las defraudaciones de expectativas, sino sólo aquellas cuya vigencia resulta indispensable para el mantenimiento de la identidad esencial de la sociedad en la economía. Para las cuestiones muy generales o accesorias que tienen por objeto simplemente ordenar el sistema económico global resultan suficientes los propios mecanismos de restablecimiento del mercado económico⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*, op. cit. pág. 32.

⁶⁹⁰ BAJO M./BACIGALUPO S. *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 15 y ss.

⁶⁹¹ GARCÍA CAVERO, P. *Derecho penal económico. Parte General*, ARA Editores, Perú, 2003, pág. 43 y ss.

Desde una perspectiva político-criminal, para poder aplicar racionalmente los delitos económicos habrá que partir de los siguientes dos aspectos a tener en cuenta, que a su vez nos ayudarán determinar la viabilidad de aplicar la norma penal en cuestión: por una parte, averiguar cuál es la realidad sobre la que opera el Derecho penal económico y, sentado ésto, descubrir qué valores y pautas merecen ser reprimidas o impulsadas, en su caso⁶⁹².

Siguiendo estas pautas, lo primero que habrá que hacer será, con arreglo a conocimientos propios de la ciencia económica, determinar aquellas necesidades, individuales o colectivas, merecedoras de protección jurídica para el normal funcionamiento del tráfico económico. Y para tal fin será necesario, además, el reconocimiento de una justificación moral y política de dicho bien jurídico, así como de la justificación instrumental de la intervención jurídica coactiva. A partir de dicho momento será posible determinar qué sector de la actividad mercantil precisará de una regulación jurídica concreta.

En cuanto al Derecho penal, una vez identificadas las necesidades merecedoras de protección jurídica, a éste únicamente le quedarán reservadas aquéllas conductas más gravosas y que no puedan ser resueltas por otra rama del Derecho. Se impone así el principio de *ultima ratio* que justifique específicamente la criminalización de este tipo de conductas. Es más, cuando existan dudas sobre la necesidad de sancionar una conducta penal, ésta deberá ser automáticamente descriminalizada y ser regulada únicamente por el Derecho privado o el Derecho administrativo económico.

El Derecho penal económico ha de quedar, en aplicación del principio de subsidiariedad, reservado a aquellos supuestos límite en los que no exista otro medio menos restrictivo para proteger el bien jurídico en cuestión. Dicho implicará a su vez una doble exigencia: de un lado, determinar las posibles medidas jurídicas de intervención, habida cuenta de que en la delincuencia socioeconómica y empresarial siempre es posible acudir a alternativas no penales que en algunos casos pueden bastar para corregir conductas

⁶⁹² PAREDES CASTAÑÓN, J. M. *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: Bases político criminales*, Revista de Derecho penal y criminología, nº 11, 2003, págs. 45 y ss.; esta teoría es igualmente seguida por MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, op. cit., pág. 227 y ss.

irregulares y, en otros, ponderar los costes y eficacia de las medidas a adoptar, a fin de que las mismas no resulten escasas ni tampoco exageradas⁶⁹³.

A su vez, los principios de mínima intervención y fragmentariedad del Derecho penal reservarán para esta materia únicamente aquellas conductas que, por su especial lesividad, resulten merecedoras de especial protección, dejando el resto a una regulación menos restrictiva de otras materias.

Si el Derecho penal económico es la respuesta a la regulación de las relaciones jurídicas en el orden económico, el Derecho penal socioeconómico responde a estas mismas necesidades regulatorias cuando dichas relaciones son efectuadas a través de sociedades. La razón de su incorporación al Código penal se justifica por tanto por la propia estabilidad y el buen orden del sistema económico en su conjunto, con el fin de garantizar en lo posible la confianza del inversor en los mecanismos sociales y en el correcto funcionamiento de sus canales de expresión; particularmente a través y con ocasión del ejercicio de las funciones encomendadas a los administradores y órganos directivos de las sociedades con la participación en el mercado⁶⁹⁴.

Todo ello, como consecuencia del continuo estado de evolución en que se encuentra la sociedad, de las cada vez más complejas relaciones entre sus individuos, llevadas ahora a cabo a través de entidades jurídicas y, más importante, de las continuas innovaciones fruto del ingenio falaz del hombre para burlar las leyes. Estas razones serían las que justificarían la necesidad de dar cobertura legal a novedosas prácticas delictivas que atentan, tanto al interés individual, como al social inherente al orden público económico, cuya persecución en principio podría resultar insuficiente a través de los delitos patrimoniales tradicionales.

La decisión de criminalizar determinadas prácticas y conductas mercantiles se encuentra vinculado además a un ámbito más general conocido como *delincuencia económica*. Es la propia magnitud y complejidad en que han desembocado las sociedades mercantiles en la actualidad la que ha propiciado novedosas prácticas abusivas y fraudulentas de

⁶⁹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, op. cit., pág. 230 y ss.

⁶⁹⁴ SEQUEROS SAZATORNIL, F. *El alumbramiento de los delitos societarios: juicio crítico sobre la necesidad y la oportunidad de su regulación*, op. cit., pág. 1044.

difícil encaje en las figuras penales clásicas, produciendo sin embargo efectos devastadores – al menos en lo que a las grandes entidades jurídicas se refiere – sobre los intereses patrimoniales de numerosos inversores y, lo que quizás sea más grave, sobre la propia confianza pública en cuanto a integridad y seguridad del tráfico jurídico y mercantil. Por ello, y a pesar de que algunos delitos contra la propiedad heredados en nuestro ordenamiento del Derecho romano aún sirven para perseguir algunas de estas conductas, se estimase necesaria una reforma del mismo que culminaría, entre otros, con la novedosa inclusión del capítulo relativo a los delitos societarios⁶⁹⁵.

En efecto, si bien el Derecho penal no ha intervenido durante siglos en la vida de las sociedades, entendiendo suficientes los delitos patrimoniales clásicos, en la actualidad viene justificada por el impacto delictivo de las actuaciones societarias y de su incidencia sobre el orden socioeconómico, tal y como lo acredita la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas operada tras la última reforma de nuestro Código punitivo. De tal forma que las actuaciones desviadas dentro del marco de una sociedad mercantil pueden afectar, tanto al funcionamiento interno de la misma, como a los socios en forma de perjuicios económicos al verse privados de legítimos derechos y frustradas sus expectativas económicas⁶⁹⁶.

Ésta es precisamente la justificación esgrimida por la propia Exposición de Motivos de nuestro Código penal, al afirmar que la inclusión de los delitos contra el orden

⁶⁹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, J. *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Cívitas, Madrid, 1996, pág. 18 y ss.; cfr. BUFETE RAMÓN HERMOSILLA, *Los delitos societarios del Código penal de 1995*, op. cit., pág. 18, que entiende que la finalidad de incluir estos delitos en el Código penal reside más bien en la necesidad de proteger los intereses patrimoniales de todas las entidades e instituciones que se agrupan bajo el concepto de “sociedad”, que tiene un evidente papel de relevancia en el plano económico y de los propios socios, frente a las decisiones que tomen los administradores y las mayorías del capital que los respalden. MARTÍN PALLÍN, J. A. *De los delitos societarios*, en *Código penal de 1995, Comentarios y jurisprudencia* (Coord. SERRANO BUTRAGUEÑO, I.), Comares, Granada, 1998, pág. 1389 y 1390 añade a su vez otro argumento a favor de la inclusión de los delitos societarios en el Código penal: “la existencia de un sector del sistema jurídico privado dedicado a los incidentes que pueden plantearse en la vida o actividad de las sociedades, ha dado lugar a una inaceptable práctica, según la cual los problemas de esta clase no tienen que ser tratados penalmente, porque ya tienen su específico régimen de solución jurídica”, al que habría que añadir otros tantos como la progresiva concentración de poder, a partir de la Primera Guerra Mundial, en manos de las minorías de control y sobre todo de los gerentes, unido al fracaso de los mecanismos jurídico privados de supervisión y control del poder de esas minorías en beneficio de la generalidad de los socios.

⁶⁹⁶ MARTÍN PALLÍN, J. A. *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal*, op. cit., pág. 292; en parecido sentido Vid. además MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, op. cit., pág. 174, para quien los delitos societarios es la respuesta del Legislador a cubrir uno de los vacíos del Código penal, condenando determinadas conductas susceptibles de poner en peligro o lesionar bienes de la sociedad o de sus socios, que difícilmente eran condenables mediante los delitos patrimoniales clásicos.

socioeconómico, aunque sin perder de vista el principio de intervención mínima siempre vigente las normas penales, responde a las necesidades de tutela de una sociedad cada vez más compleja y a las nuevas formas de delincuencia desarrolladas en su seno. Y mucho más elocuente en este sentido resulta la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992, que fundamentaba la regulación de este tipo de delitos, a la vista de una opinión mayoritaria de la doctrina española “que entiende precisa la específica incriminación de determinados comportamientos relacionados con la actividad de las sociedades mercantiles, sea *ad intra* o *ad extra*, y éste es el camino que se ha tomado (...). Por último, debe recordarse que los tipos que se crean no son, en manera alguna, una protección ‘frente’ a las sociedades mercantiles, sino una tutela de éstas o de sus miembros, socios o accionistas, frente a lo que puedan hacer algunos de ellos. Incluso la propia eficacia del derecho mercantil, hoy renovado, necesita, pues, de este corolario punitivo (...)”; añadiendo al respecto que “las tipicidades integradoras de los delitos societarios no desplazan por supuesto, la eventual concurrencia de estafas cometidas por la sociedad, o mejor, sus órganos, contra terceras personas, o apropiaciones indebidas o falsedades, o delitos fiscales. Todos estos delitos tendrán como víctima o perjudicado a una persona ajena a la sociedad o al mismo Estado, en cambio, los delitos societarios, que en ocasiones también pueden cometerse en perjuicio de terceros ajenos a la sociedad, son esencialmente infracciones que cometen sólo alguno de sus miembros contra el resto”⁶⁹⁷.

Y así ha sido entendido además por nuestra doctrina, que justifica la necesidad del Derecho penal para regular estas nuevas relaciones habida cuenta de la nueva realidad criminológica caracterizada, esencialmente, por (a) un nuevo modelo de sujeto activo, que ya no es una persona individual de clase baja y escasos medios, sino a menudo una sociedad o una empresa; y (b) un nuevo sujeto pasivo del delito, pues el objetivo del delincuente ya no es el interés particular de una víctima aislada, viéndose amenazados

⁶⁹⁷ Vid. BOCG de 23 de septiembre de 1992; vid. además MARTÍN PALLÍN, J. A. *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal*, op. cit., pág. 298, que coincide con la opinión mostrada en dicha exposición de motivos afirmando que “las figuras comunes de estafa, apropiación indebida y falsedad documental no siempre son aplicables a las peculiares prácticas fraudulentas que pueden producirse en una sociedad mercantil y ello porque la relación bilateral que en aquellos tipos comunes se aprecia con nitidez, no se presenta con la misma claridad en el ámbito societario. (...). No se puede discutir que los delitos patrimoniales clásicos (estafa, apropiación indebida...) pueden disfrazarse bajo el entramado de una sociedad mercantil. Los tipos que se crean no son una protección frente a las sociedades mercantiles, sino una tutela de éstas, o de sus miembros o accionistas, frente a lo que puedan hacer algunos de ellos. Para los legisladores, incluso la propia eficacia del Derecho mercantil necesita de este corolario punitivo.”

con frecuencia los intereses generales o intereses de un numeroso grupo de personas, de tal forma que una catástrofe mercantil o financiera, aun pudiendo perjudicar al patrimonio individual del accionista, sin duda alguna trascenderá al interés particular en la medida en que generará un efecto de desconfianza que afectará al orden público⁶⁹⁸.

El Derecho penal, desde la óptica de los delitos societarios, tiene por finalidad por tanto la corrección de los supuestos más graves de abuso o utilización fraudulenta de facultades en el seno de las relaciones mercantiles, cuyo control en ocasiones resulta inviable con los mecanismos de fiscalización y control previstos en la legislación societaria⁶⁹⁹.

Consecuentemente, los delitos societarios parten igualmente del ineludible respeto a la vigencia del principio de intervención mínima⁷⁰⁰, inspirado a su vez en las ideas de *ultima ratio* y fragmentariedad inherentes al Derecho penal económico en particular. Máxime partiendo del hecho de que, habida cuenta de que las relaciones económicas operadas a través de sociedades mercantiles tradicionalmente han venido gozando de protección y regulación en la esfera extrapenal, razón por la cual aquí deberán preponderar aún más si cabe los principios de subsidiariedad y proporcionalidad a los que ya nos hemos referido⁷⁰¹. Sobre todo a lo largo de las últimas décadas, donde el impulso renovador de la entonces llamada Comunidad Económica Europea y actual Unión Europea a través multitud de disposiciones comunitarias, obligó al legislador a llevar a cabo una necesaria e inaplazable modificación de las leyes reguladoras de la Constitución, funcionamiento y desarrollo de las sociedades mercantiles, entre otras, y sin perjuicio de las posteriores reformas llevadas cabo sobre las mismas, mediante la aprobación de novedosas leyes como la antigua Ley de Sociedades Anónimas 19/1989, de 25 de julio, que posteriormente daría paso al Real Decreto Legislativo 1564/1989, de

⁶⁹⁸ CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Protección del sistema financiero*, op. cit.

⁶⁹⁹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a. *Los delitos societarios*, op. cit., pág. 30; vid. también GARCÍA DE ENTERRÍA, J. *Los delitos societarios*, op. cit., pág. 19.

⁷⁰⁰ En este sentido, entiende MARTÍN PALLÍN, J. A. *De los delitos societarios*, op. cit., pág. 1389, que, de un lado, el crecimiento de la denominada delincuencia económica y, de otro, el cada vez más intenso rechazo a estas conductas ha propiciado que, a pesar de las posturas criminológicas que reclamaban precisamente la no criminalización de estas conductas en virtud del principio de intervención mínima, la doctrina jurídico-penal haya considerado finalmente la necesidad de utilizar el Derecho penal como elemento corrector y sancionador de conductas que no responden a los mínimos éticos exigidos al comportamiento humano.

⁷⁰¹ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Protección del sistema financiero*, op. cit., para quien en estos casos el Derecho penal se presenta como *secundario*, en el sentido de que reprime comportamientos ya ilícitos en el orden extrapenal.

22 de diciembre, que aprobaba el Texto Refundido de dicha Ley; el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1748/1996, de 19 de julio (que a su vez derogaba el anterior reglamento aprobado mediante RD 1597/1989, de 29 de diciembre); o la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Sobre este marco mercantil deberá actuar nuestro Derecho penal, aunque siempre como último baluarte para conseguir que el funcionamiento de las sociedades mercantiles y por ende de las reglas de la economía sea real y efectiva⁷⁰².

Para la penalización de determinadas conductas societarias hay que partir, por tanto, de una jerarquización y coherencia entre los distintos sectores y disciplinas, buscando así una armonía entre los mecanismos de control privados (civiles y mercantiles, fundamentalmente) y públicos (penales y administrativos, en su caso) para evitar contradicciones y solapamientos entre los mismos, y, lo que es más importante, garantizar una debida correspondencia entre la gravedad del hecho y la intensidad del mecanismo jurídico de respuesta⁷⁰³.

(3).- Entrando ya en el estudio individualizado de los delitos societarios, cabe destacar que el capítulo XIII del libro II del Código penal sanciona seis conductas claramente diferenciadas: la falsedad de las cuentas u otros documentos que afecten a la realidad jurídica o económica de la entidad – art. 290 –; el abuso de situación mayoritaria para la imposición de acuerdos abusivos – art. 291 –; la utilización de mayorías ficticias para la imposición de acuerdos abusivos – art. 292 –; la negación del derecho de información, participación en la gestión y control de la sociedad o suscripción preferente de acciones – art. 293 –; la obstrucción de las labores de supervisión e inspección – art. 294 –; y la comúnmente conocida como administración desleal o fraudulenta – art. 295 –.

Nos encontramos por tanto ante conductas de diversa naturaleza, cuyo nexo de unión es precisamente la sociedad, que abarcan delitos cometidos mediante la sociedad

⁷⁰² MARTÍN PALLÍN, J. A. *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal*, op. cit., pág. 295.

⁷⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, J. *Los delitos societarios*, op. cit., pág. 24 y ss.; para este autor, de hecho, en la actual regulación de los delitos societarios no se han ponderado en absoluto dichos criterios de coordinación y jerarquía, habiendo prevalecido por el contrario “razones de carácter cosmético y un cierto voluntarismo no exento de tintes demagógicos sobre el debido esfuerzo de ponderación y de definición de las conductas sancionadas”.

mercantil, delitos en la sociedad mercantil y delitos contra la sociedad o los socios⁷⁰⁴. Resulta patente por tanto la existencia de diferentes bienes jurídicos protegidos que justifican la regulación de cada una de estas conductas, que siguiendo determinadas posiciones científicas bien podríamos clasificar en (a) el *patrimonio de la propia sociedad* – para los delitos de falsedad de cuentas del art. 290, y administración desleal del art. 295 –; (b) *los derechos de los socios* – para los delitos de falsedad de cuentas del art. 290, imposición de acuerdos abusivos o lesivos de los arts. 291 y 292, negación de información del art. 293 y administración desleal del art. 295 –; y (c) la *labor supervisora de terceros* – para la sustracción a medidas de inspección administrativa, art. 294 –⁷⁰⁵. Estos bienes jurídicos estarían, no obstante, claramente vinculados e interconectados, además de porque algunos de los tipos vinculan a varios de ellos, porque si bien éstos afectan principalmente a uno de los ámbitos de protección señalados, indirectamente pueden afectar también al resto – estando siempre por encima de ellos los intereses de los propios socios –. Piénsese, v. gr., en el delito de falsedad

⁷⁰⁴ Desde esta perspectiva, entiende RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Estudios de Derecho penal económico*, op. cit., pág. 89, que “lo societario es sólo un ámbito de referencia delictiva que va a indicar el instrumento de comisión del delito (la sociedad mercantil), el área de comisión o uno de los rasgos que identifica a los sujetos pasivos del delito”. Cfr. MARTÍN PALLÍN, J. A. *De los delitos societarios*, op. cit., pág. 1388, que entiende sin embargo que los delitos societarios son aquellos cometidos en el seno de las sociedades y no a través de las mismas. Vid. además MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, op. cit., pág. 347, para quien, no existiendo un bien jurídico unitario para todos los delitos societarios, el único elemento común es que todos ellos describen conductas típicas realizadas en el marco de sociedades mercantiles y por sujetos con específicas funciones de administración o que poseen especial capacidad o preeminencia en la entidad.

⁷⁰⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E. *Curso de Derecho penal económico*, 2ª Ed., Marcial Pons, Barcelona, 2005, pág. 415 y 416, quien clasifica los distintos bienes de los delitos societarios del siguiente modo: (1) la *transparencia externa de la administración social* –para los delitos de falsedad de cuentas, cuentas e informes, art. 290; y sustracción a medidas de inspección administrativa, art. 294–; (2) la *lealtad de los administradores hacia la sociedad y los socios* –en los delitos de administración desleal, art. 295; de falsedad de cuentas, art. 290; y de obstrucción de supervisión de la gestión, art. 293–; y, 3) los *límites éticos del derecho de las mayorías* (para los supuestos previstos por el delito de imposición de acuerdos abusivos o lesivos, arts. 291 y 292). Dicho autor no obstante hace una dura crítica de la regulación de los delitos societarios por entender que intentan proteger nuevos bienes jurídicos que, v. gr., en el caso del delito de administración desleal, únicamente resultan merecedoras de sanción administrativa o de Derecho privado. Tras criticar las decisiones político-criminales que motivaron su inclusión en el nuestro Código penal, así como sus consecuencias jurídicas por la escasa utilidad de las penas previstas, entiende además que “a partir de este momento, nuestra función ya no es criticarlos solamente, ahora debemos interpretarlos y aplicarlos de manera racional”. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Estudios de Derecho penal económico*, op. cit., pág. 103 y 104, que cataloga los bienes jurídicos protegidos de los delitos societarios de la siguiente forma: el patrimonio y la seguridad del patrimonio de los socios o de terceros en el art. 291; el patrimonio de los socios y de la sociedad en el art. 292; ciertos derechos legales de los socios en el art. 293; las facultades de control de la Administración sobre la sociedades mercantiles en el art. 294, y el patrimonio de los socios, los depositantes, los cuentapartícipes o los titulares de bienes, valores o capital administrados por la sociedad en el art. 295; MARTÍN PALLÍN, J. A. *De los delitos societarios*, op. cit., pág. 1394, entiende que los bienes o valores protegidos no aparecen claramente delimitados en los delitos societarios, pudiendo ser en unos casos la propia sociedad en sentido genérico, su funcionamiento interno o incluso la fe pública, aunque su finalidad siempre es la del correcto funcionamiento de la propia entidad.

contable del art. 290, donde el principal afectado es el patrimonio de la entidad, pero que a su vez puede perjudicar los intereses de los socios e incluso la labor de la inspección.

Así es, a pesar de toda esta pluralidad de bienes jurídicos, lo cierto es que todos ellos se encuentran estrechamente vinculados por elementos e intereses comunes⁷⁰⁶, pudiendo destacarse la común finalidad de estos delitos de garantizar el correcto funcionamiento de la propia sociedad⁷⁰⁷ desde una doble proyección. De un lado, la protección de los intereses económicos individuales de los particulares – socios o accionistas, fundamentalmente –. Y, de otro, los intereses generales en conexión con el buen funcionamiento del orden socioeconómico⁷⁰⁸. Dualidad ésta que, por otro lado, resulta fácilmente deducible de la propia literalidad del art. 296, al reconocer expresamente que las conductas sancionadas por los delitos societarios podrán afectar, bien a particulares agraviados – art. 296.1 –, bien a los intereses generales o a una pluralidad de personas – art. 296.2 –⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. *Los delitos societarios*, op. cit., pág. 31, para quien uno de dichos elementos comunes a estos delitos es que los mismos protegen ilícitos, no cometidos mediante o a través de sociedades mercantiles, sino *dentro de o contra* la sociedad; también SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a, *Los delitos societarios*, op. cit., pág. 43 y ss., quien, coincidiendo con dicha apreciación, a la vista de las discrepancias entra la doctrina sobre si los delitos societarios son de naturaleza patrimonial o socioeconómica, entiende efectivamente que existe alguna conducta, como la del art. 290 de la naturaleza meramente patrimonial, si bien es cierto que otras conductas, como la prevista en el art. 293, es de claro corte socioeconómico.

⁷⁰⁷ Quizás por esta razón, entiende MARTÍN PALLÍN, J. A. *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal*, op. cit., pág. 300, que el criterio seguido por el legislador al estructurar el título XIII (delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico), no es correcto por cuanto que el patrimonio nada tiene que ver con la regulación punitiva del orden socioeconómico: “La propiedad tiene una connotación individualista, mientras que las conductas desarrolladas en el seno de las sociedades ofrecen un matiz de orden colectivo en cuanto que establece una confrontación entre los intereses de las mayorías y minorías sociales, que normalmente afectará a una pluralidad de personas o a los intereses generales”. Cfr. FARRALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*, op. cit., pág. 45, que entiende que, con la salvedad del delito de falsedad de documentos sociales, los delitos societarios son *pluriofensivos*, en el sentido de que únicamente atacan contra el patrimonio individual, y sólo indirecta y de forma secundaria el funcionamiento de las sociedades mercantiles, a través del cual se logra además la tutela de la integridad del orden económico en sentido amplio.

⁷⁰⁸ Vid., entre otros, MAGALDI PATERNOSTRO, M^a. J. *Los delitos societarios. Administración desleal y apropiación indebida: criterios delimitadores y relaciones entre ambas figuras en Derecho penal económico* (Dir. GIMENO JUBERO, M. A.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág. 140 y 141. Para MARTÍN PALLÍN, J. A. *De los delitos societarios*, op. cit., pág. 1395 el término “orden socioeconómico”, en relación con los delitos societarios, implica el respeto a las reglas de funcionamiento que emanan de las mayorías y minorías y a las normas de la buena fe societaria.

⁷⁰⁹ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Estudios de Derecho penal económico*, op. cit., pág. 103 y 104, para quien la existencia de bienes individuales y colectivos explica la perseguibilidad, en unos casos sólo a instancias del agraviado, o del Ministerio Fiscal en otros; en parecido sentido se ha pronunciado QUINTERO OLIVARES, O. *El principio de intervención mínima y algunos delitos patrimoniales y societarios*, en *El nuevo Derecho Penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz* (Coord. QUINTERO OLIVARES, O./MORALES PRATS, F.), Aranzadi, Pamplona, 2001,

De ahí precisamente, vista la variedad de intereses jurídicos protegidos, que se pueda clasificar a su vez los delitos societarios entre: *delitos contra la propia sociedad*, cuando se infringen deberes legales del órgano frente a la propia sociedad – arts. 290, 291, 292 y 295 CP –; *delitos contra los socios*, cuando son éstos quienes resultan lesionados en sus derechos por la actuación de los administradores – arts. 290, 292, 293 y 295 –; *delitos contra terceros, sean acreedores o no*, cuando se reducen las garantías patrimoniales fraudulentamente en perjuicio de quienes ostentan un derecho de crédito o cuando se afectan a personas sin vinculación ninguna hacia la sociedad – arts. 290, 294, 295 –⁷¹⁰. Son por tanto delitos *pluriofensivos* en la medida en que pueden llegar a afectar a un amplio abanico de intereses⁷¹¹.

§ XIV. 4. - Crítica al principio de intervención mínima como pretendido fundamento de la perseguibilidad privada de los delitos societarios

(1).- Como hemos anticipado, la Exposición de Motivos de nuestro Código penal de 1995 reconoce abiertamente que la inclusión de nuevas modalidades delictivas no contempladas en el anterior código de 1973, entre las que encontramos a los delitos contra el orden socioeconómico que engloban a su vez los delitos societarios que aquí nos ocupan, respondía a las necesidades de tutela de una sociedad cada vez más compleja. Conforme las relaciones entre los miembros de una comunidad se van intrincando y canalizando a través de entidades mercantiles, surge la necesidad de crear nuevas figuras penales para proteger a las potenciales víctimas. Por otro lado, esa misma Exposición de Motivos aludía expresamente al principio de intervención mínima

pág. 1717, que a la vista de la redacción del art. 296.2 afirma que “es compatible, en principio (...) reconocer un posible carácter supraindividual y a la vez hablar de persecución a instancia del ‘perjudicado’”.

⁷¹⁰ VIVES ANTÓN, T. *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol II, Valencia, 1996, pág. 1410 y ss.; Cfr. BUFETE RAMÓN HERMOSILLA, *Los delitos societarios del Código penal de 1995*, op. cit., pág. 20, que distingue sin embargo entre las siguientes tres figuras de delitos societarios: falsedades en la información social, infidelidad de los órganos sociales y ataques a la integridad del capital social, y SÁNCHEZ ÁLVAREZ M. M^a, *Los delitos societarios*, op. cit., pág. 87.

⁷¹¹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ M. M^a, *Los delitos societarios*, op. cit., pág. 43. MARTÍN PALLÍN, J. A. *De los delitos societarios*, op. cit., pág. 1395, ha optado por la siguiente clasificación: a) delitos penales que conllevan como fin la obtención de un lucro económico (abuso de posición mayoritaria y administración desleal); b) tipos penales con semejanza a los delitos de falsedad (falsedad de cuentas y balances y abuso de firma en blanco); y c) tipos que conllevan un comportamiento corrupto (impedimento de derechos sociales e impedimento de fiscalización administrativa).

como uno de los criterios inspiradores del nuevo Código. Este principio fue igualmente recordado durante la tramitación parlamentaria – *ultima ratio* –, que venía a reconocer la necesidad de reservar la sanción penal únicamente a aquellas agresiones más lesivas. Y así ha sido reconocido en alguna ocasión por nuestro Tribunal Supremo⁷¹².

Son éstas, en principio, las dos únicas referencias de que disponemos para justificar, de un lado, la incorporación *ex novo* de un nuevo capítulo dedicado a los delitos societarios no contemplado hasta la fecha, y, de otro, la limitación de su perseguibilidad. No obstante, y como veremos más adelante, tal argumento resulta abiertamente insuficiente.

Para ciertos sectores doctrinales, efectivamente la limitación de la perseguibilidad de los delitos societarios es una manifestación del principio de intervención mínima del Derecho penal⁷¹³, y dicha medida tendría por finalidad la de dejar un amplio margen de discrecionalidad a los posibles agraviados, estableciendo así un sistema de protección del bien jurídico basado en el principio de auto-tutela del mismo, y atribuyendo al Ministerio Fiscal un papel secundario. La doctrina jurisprudencial se ha manifestado también en ese mismo sentido a través de múltiples resoluciones judiciales, como ocurre, v. gr., con la STS 620/2004, de 4 de junio (dictada en el conocido como caso “Atlético de Madrid”), que afirma que “tal condición objetiva de perseguibilidad es la exigencia de previa denuncia de la persona agraviada o de su representante, o del Ministerio Fiscal en caso de minoría de edad o incapacidad. Tal requisito convierte en semipública la persecución de tales delitos, y viene a ser una consecuencia del principio de mínima intervención del Derecho penal, que en los delitos societarios puede tener una especial incidencia en la medida que el ejercicio de acciones en vía civil, pudiera

⁷¹² Vid. STS de 620/2004, de 4 de junio, dictada en el conocido “caso Atlético”: “(...) Tal requisito convierte en semipúblico la persecución de tales delitos, y viene a ser una consecuencia del principio de mínima intervención del derecho penal, que en los delitos societarios puede tener una especial incidencia en la medida que el ejercicio de acciones en vía civil, pudiera ser suficiente para conseguir la tutela de los derechos de los asociados, evitando criminalizaciones innecesarias”.

⁷¹³ Vid., entre otros, CASTRO MORENO, A. *Análisis teórico-práctico de la condición objetiva de procedibilidad en los delitos societarios*, op. cit., pág. 49 y 50. Esta misma opinión ha sido compartida por CALDERÓN, A./CHOCLÁN, J. A. *Derecho penal. Parte Especial. Tomo II*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 884, que atribuyen la condición semipública de los delitos societarios al principio de intervención mínima y al carácter subsidiario del Derecho penal, que ha determinado al legislador a optar por esta solución, de manera que no sea precisa la intervención del *ius puniendi*, allí donde existen otras posibles soluciones y donde la composición de los intereses en conflicto puede tener lugar al margen del estrépito del proceso penal.

ser suficiente para conseguir la tutela de los derechos de los asociados, evitando criminalizaciones innecesarias.”⁷¹⁴

Sin embargo, estas justificaciones, genéricas e imprecisas en exceso, no han terminado de convencer a gran parte de la doctrina científica, que en varias ocasiones ha lamentado el desconocimiento de los motivos concretos que verdaderamente justifican la imposición de estos requisitos, intentando encontrar además otro tipo de justificaciones complementarias tales como el carácter personal del bien jurídico protegido – patrimonio particular – o la necesidad de restringir la aplicabilidad de unos delitos novedosos de eficacia desconocida en el momento de su regulación.

El problema que plantean dichos argumentos accesorios es evidente, vista su insuficiencia para justificar la restricción de la perseguibilidad de los delitos societarios. En cuanto a la restricción de los delitos de nueva creación, además de porque en tal caso el mismo tratamiento debería darse cualquier otra figura de nueva incorporación a nuestro Código penal, porque dado que la punibilidad de determinadas acciones en el orden penal viene determinada por la gravedad de la conducta y por la insuficiencia de su regulación por otras ramas, resulta contradictorio afirmar que a la vista de las incertidumbres que se plantean en cuanto a la regulación penal – por desproporcional o excesivo, básicamente –, sería conveniente limitar su persecución únicamente a aquellos casos en los que el agraviado lo estime conveniente. Si se entiende que una conducta es lo suficientemente grave o lesiva como para merecer reproche penal, no puede admitirse su impunidad por la inacción de la víctima por desconocerse las consecuencias de la imposición de la oportuna sanción. En segundo lugar, en lo que se refiere al carácter personal del bien jurídico protegido, de un lado, porque este tipo de delitos son, al menos en parte, de corte socioeconómico; y, de otro, porque en tal caso lo mismo debería predicarse respecto de los delitos patrimoniales puros mucho más personalistas, como son la estafa o la apropiación indebida.

Éste es precisamente el argumento ofrecido por las posiciones doctrinales más críticas, que vienen denunciado abiertamente una absoluta incomprensión con una exigencia

⁷¹⁴ En idéntico sentido, vid. también el auto dictado por la Sala de lo penal (Sección 2ª) de la Audiencia Nacional, de 7 de mayo de 2007, confirmatorio del auto de archivo dictado previamente por el Juez Central de lo Penal con motivo del denominado “caso de las cuentas secretas del BBV”.

que, no obstante, no se contempla para otros delitos contra el patrimonio. Y es que, resulta verdaderamente llamativo que se condicione la perseguibilidad de los delitos societarios pero no en cambio la de otros delitos de idéntico contenido económico. Máxime cuando el perjuicio puede ser similar o incluso mucho más grave habida cuenta del poder que actualmente acumulan las grandes entidades mercantiles⁷¹⁵. Desde esta perspectiva, parece claro que no existe motivo aparente que justifique un trato diferenciado en conductas tan parecidas.

Todo ello, habida cuenta de que, aunque efectivamente pudiera afirmarse que los principios que justificarían la exigencia de denuncia privada son los de irrelevancia y *ultima ratio*, cuyo ámbito de actuación prima mucho más en delitos de corte patrimonial que en otros que puedan afectar a interés mucho más relevantes como la vida, la salud o la libertad, resulta cuando menos paradójico que, salvo la excepción de los delitos de daños imprudentes ya comentados, este requisito no se exija para los delitos patrimoniales clásicos, sino únicamente en aquellos supuestos en los que el delito en cuestión haya sido cometido al amparo de la estructura orgánica de las sociedades mercantiles⁷¹⁶. Por este motivo, no queda claro el fundamento de las condiciones de perseguibilidad en los delitos societarios⁷¹⁷.

(2).- Por otro lado, resulta aún más incongruente la pretensión del legislador de acudir al principio de intervención mínima para defender la privacidad de estos delitos. Especialmente si tenemos en cuenta que éste nunca ha sido respetado en que la

⁷¹⁵ DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J./POLO VEREDA, J. *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, op. cit., pág. 130.; vid. también ESCUDERO J. F./GARCÍA, M. C., junto con otros autores, *Delitos societarios, de la receptación y contra la Hacienda pública*, op. cit., pág. 201.

⁷¹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *El delito societario de administración desleal*, op. cit., pág. 87; en parecido sentido Vid. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Los delitos societarios en el Código penal español*, op. cit., pág. 146, y SALOM ESCRIVÁ, J. S. y otros autores (Dir. SOLAZ SOLAZ E.), *La instrucción de los delitos económicos y contra la Hacienda pública*, Consejo General del Poder Judicial - Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, pág. 119, para quien esta condición de perseguibilidad carece de justificación específica, pues si se establece esa necesidad de denunciar previamente los hechos para proceder a su castigo en atención a que sólo se van a ver afectados intereses patrimoniales privados y, por lo tanto, son los perjudicados los que deben decidir si les conviene o no su castigo, no se entiende por qué en el resto de los delitos contra el patrimonio de carácter no violento no se impone una condición similar, de hecho, más sentido tendría esta condición en este último tipo de delitos, basados en la confianza de las transacciones mercantiles.

⁷¹⁷ Vid. DEL ROSAL BLASCO, B. *Los delitos societarios del Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 79 que en el mismo sentido viene a reconocer las dificultades de determinar el fundamento de este requisito de perseguibilidad habida cuenta de que no se ha optado por ninguna medida parecida “ni en las falsedades, ni en las estafas ni en la apropiación indebida, delitos que guardan tantas similitudes con los delitos societarios”

regulación de estos ilícitos en sede penal, habida cuenta la extralimitación evidente en relación con determinados comportamientos que ya se encontraban regulados en las legislaciones civil y mercantil. Todo ello en base a las distintas razones que a continuación pasamos a exponer.

(2.1).- En primer lugar, por la existencia de una injustificada identidad entre ilícitos penales y mercantiles, que es indudable pese a las dudas suscitadas en nuestra doctrina en cuanto a los concretos ilícitos donde se produce dicho solapamiento. Así sucede, v. gr., en los casos de acuerdos abusivos y los acuerdos lesivos obtenidos mediante mayorías ficticias de los arts. 291, 292 y 293 de nuestro Código penal, que coinciden claramente con los supuestos de acuerdos impugnables, ya sea por contrarios a la ley, por oponerse a los estatutos o porque lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros, conforme a los arts. 204 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital⁷¹⁸.

Al respeto, algunas opiniones doctrinales entenderán sin embargo que, al menos en los que se refiere a la imposición de mayorías ficticias del art. 292 sí era una necesidad puesta de manifiesto en la teoría y en la jurisprudencia, dada la insuficiencia de los tipos de estafa y falsedad⁷¹⁹. No obstante, y con independencia de puntuales disquisiciones doctrinales en concretos tipos penales, lo cierto es que efectivamente en la regulación de los delitos societarios hay una clara extralimitación al regular conductas propias de los ordenamientos mercantil y administrativo; así como que dicho solapamiento provoca, a su vez, graves problemas de aplicación, además de una intolerable inseguridad jurídica, en términos de legitimidad y límites temporales, según veremos a continuación.

⁷¹⁸ Vid. en este sentido GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M. *Curso de Derecho penal de los negocios a través de los casos*, Colex, Madrid, 2001, pág. 53 y 54, si bien entiende que dicho solapamiento se produciría únicamente respecto de los artículos 291 y 292 del Código. Cfr. QUINTERO OLIVARES, O. *El principio de intervención mínima y algunos delitos patrimoniales y societarios*, op. cit., pág. 178 y ss., en relación con los delitos 291, 293 y 294. También FARALDO, P. *Los delitos societarios*, op. cit., pág. 205 y ss. en cuanto al art. 291, pág. 259 y ss. en cuanto al art. 293, y pág. 295 y ss. en cuanto al art. 294

⁷¹⁹ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, E. *Teoría y práctica del derecho penal. Tomo II*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 1198, quien no obstante, en relación con los delitos 293 y 294, si bien no entra a valorar si ya se encuentran sancionados por las leyes administrativas o de Derecho privado, sí reconoce sin embargo que las mismas deberían ser de su exclusiva materia en la medida en que afectan sólo al derecho de inspección de la administración o el ejercicio de los derechos de los socios

De ahí, entre otras cosas, la dificultad de encontrar sentencias condenatorias en supuestos relativos a algunos tipos como los relativos a los arts. 291, 292 ó 293, así como la tendencia de nuestros Tribunales de terminar absolviendo a los acusados en base precisamente al principio de intervención mínima del Derecho penal⁷²⁰.

(2.2).- Por otro lado, existe una inexplicable diferencia de legitimación entre el ordenamiento penal y el civil, de tal forma que, v. gr., personas sin capacidad para la impugnación de acuerdos sociales o del Consejo de Administración, o para entablar acciones de responsabilidad contra los administradores, pueden sin embargo instar la apertura de un procedimiento penal, mediante la presentación de la correspondiente denuncia o querella, por esos mismos hechos⁷²¹.

En la legislación mercantil, para el supuesto de acuerdos nulos, la impugnación podrá ser acordada a instancias de los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo – art. 206.1 LSC⁷²² –. Sin embargo, el art. 206.2 LSC⁷²³, permite la impugnación de acuerdos anulables de la junta sólo a los socios asistentes a que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores. Por su parte, en los supuestos de los acuerdos del consejo o de cualquier órgano colegiado, nulos y anulables, serán únicamente los administradores quienes podrán impugnarlos o, en su caso, los socios que representen en 5% del capital social siempre que representen los plazos legalmente previstos – art. 251.1 LSC⁷²⁴ –. La acción social de responsabilidad de los administradores se encuentra regulada en el art. 238 LSC, y legitima a tal fin, en primer lugar, a la propia sociedad, previo acuerdo de la Junta

⁷²⁰ Vid., entre otras, SAP Sevilla de 21 de mayo de 1998; SAP Barcelona, de 22 de marzo de 1999; SAP Barcelona, de 8 mayo de 2003; SAP Vizcaya, de 14 de junio de 2007.

⁷²¹ GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M. *Curso de Derecho penal de los negocios a través de los casos*, op. cit., pág. 26 y ss.

⁷²² Art. 206.1 LSC: “Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo.”

⁷²³ Art. 206. 2 LSC: “Para la impugnación de acuerdos anulables están legitimados los socios asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores.”

⁷²⁴ Art. 251.1 LSC: “Los administradores podrán impugnar los acuerdos nulos y anulables del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de treinta días desde su adopción. Igualmente podrán impugnar tales acuerdos los socios que representen un cinco por ciento del capital social, en el plazo de treinta días desde que tuvieron conocimiento de los mismos y siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción.”

adoptado por mayoría – art. 238.1 LSC⁷²⁵ –, conforme al art. 159 LSC⁷²⁶; en segundo lugar, a los accionistas que representen un 5 % del capital social – también art. 238.1 LSC –. Por último, los socios o terceros directa o individualmente perjudicados por los actos de los administradores pueden, obviamente, entablar la acción indemnizatoria individual de responsabilidad contra éstos – art. 241 LSC⁷²⁷ –.

Pues bien, frente a todas las antedichas disposiciones mercantiles limitativas de la legitimación activa, sin duda alguna inspiradas en la necesidad de defender el propio interés de la sociedad, su correcto funcionamiento y, más importante, su no sometimiento a las arbitrariedades de cualquiera de sus socios, resulta sin embargo que, pese al principio de intervención mínima y el carácter de *ultima ratio* que tutelan nuestro Derecho penal – y con mayor intensidad, si cabe, cuando se trata de Derecho penal económico –, la capacidad para interponer denuncia o querrela será mucho más extensa al corresponder a los agraviados (o al Ministerio Fiscal, en los supuestos de verse afectados los intereses generales o una pluralidad de personas) por dichas conductas, pues la literalidad de los delitos societarios es tan amplia que abarca todos esos comportamientos. Todo ello, habida cuenta además de la imprecisión con que ha sido redactado el art. 296.2 CP, que incluso podría considerar por agraviados o pluralidad de personas a los accionistas de la entidad, pese a que en realidad podrían no ser más que perjudicados indirectos de los delitos patrimoniales o económicos cometidos sobre los bienes de la sociedad, y también pese a que por lo general los perjudicados penales sólo pueden serlo los titulares de los bienes jurídicos tutelados. La referencia a los que resulten afectados es tan imprecisa que el citado precepto técnicamente es capaz de incluir por tanto no sólo a los perjudicados civiles y penales directos⁷²⁸.

⁷²⁵ Art. 238.1 LSC: “La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo.”

⁷²⁶ Art. 159.1 LSC, que regula la Junta general: “Los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta.”; art. 159.2 LSC: “Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general.”

⁷²⁷ Art. 241 LSC: “Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos.”

⁷²⁸ GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M. *Curso de Derecho penal de los negocios a través de los casos*, op. cit., pág. 28.

Indudablemente, ésta ha de ser por otro lado una de las razones denunciadas por algunos autores en cuanto a la utilización del procedimiento penal con fines espurios, criminalizando ilícitos mercantiles y administrativos mediante la extensión de una capacidad indiscriminada del ejercicio de la acción penal de forma abiertamente innecesaria.

(2.3).- Sea quien sea el que desencadene el proceso penal, la acción penal tiene una vida más duradera que la civil, que conduce a una criminalización del mundo de los negocios sobredimensionando la esfera de actuación del Derecho penal⁷²⁹. Así sucede, v. gr., con los delitos (menos graves) comprendidos en los artículos 290 a 294, que cuentan con un plazo de prescripción de tres años, que se eleva a cinco en el supuesto del delito (grave) de administración desleal del art. 295. Dichos plazos resultan ciertamente chocantes si tenemos en cuenta que las acciones mercantiles tienen por lo general límites temporales sensiblemente más bajos, como sucede con los treinta días de que disponen los administradores para la impugnación de los acuerdos aprobados por el Consejo de Administración – art. 251 LSC –; o con el plazo de un año para la impugnación de una Junta General ya sea ordinaria extraordinaria o universal por incurrir en alguna de las causas de nulidad legalmente previstas – art. 205.1 LSC –, que será de tan sólo 40 días si el acuerdo fuere anulable – art. 205.2 LSC –.

(2.4).- El legislador penal se limita a exigir denuncia del agraviado pero no querella. Y desde esta perspectiva es inobjetable que es infinitamente más fácil interponer una denuncia, en la que es suficiente con una muy somera descripción de los hechos y su posterior ratificación, que una querella, que como hemos visto exige justificar los indicios de delitos de una forma mucho más profusa. Así como también resulta mucho más fácil la interposición de una denuncia que la iniciación de la acción civil correspondiente para, v. gr., la impugnación de un acuerdo social contrario a Derecho.

(V).- En último lugar, por lo que respecta a la prejudicialidad, en las conductas que afectan a los acuerdos sociales no es procedente aplicar el régimen general de prejudicialidad no devolutiva del art. 3 LECrim., que implica la suspensión del procedimiento civil hasta que el juez penal decida sobre la licitud (en términos penales)

⁷²⁹ QUERALT, J., *Derecho penal español. Parte Especial*, op. cit., pág. 548 y 549.

del acuerdo. Tampoco prevalece la prejudicialidad inversa o devolutiva del art. 4 LECrim., que obligaría a la suspensión del procedimiento penal hasta la resolución del civil. Se impone por tanto la compatibilidad de ambos procesos, en la medida en que cada uno tiene su propio objeto y que el civil no tiene consecuencia sancionadora alguna.

Dicha circunstancia puede dar lugar a nuevas inseguridades, en la medida en que no es descartable en modo alguno la posibilidad de que nos encontremos ante dos sentencias con elementos contradictorios, al menos en cuanto a las valoraciones jurídicas y las consecuencias derivadas de cada uno de los órdenes. De tal forma que, en los casos más extremos, podría darse el supuesto de que lo declarado lícito por el juez civil pudiera suponer una condena desde la óptica del penal, razón por la cual algunos autores han optado directamente por reconocer que no era necesario que el legislador hubiera decidido penar la parcela relativa a los acuerdos sociales impugnables⁷³⁰.

Así las cosas, y por mucho que la condición de perseguibilidad del art. 296 tuviera por objeto el respeto por el tan manido principio de intervención mínima, según puso de manifiesto el propio legislador, lo cierto es que la defectuosa regulación de cada uno de los tipos, así como la clara extralimitación al abordar cuestiones que estaban claramente reguladas en la legislación mercantil – de forma más restringida, además, mediante la adopción de plazos más cortos y limitando la capacidad para interponer las acciones correspondientes –, resulta a todas luces imposible afirmar que dicho principio haya sido efectivamente respetado por los delitos societarios contemplados en los arts. 290 a 295 de nuestro Código penal.

(3).- Quizás por esta razón, gran parte de la doctrina ha mostrado cierto escepticismo a las razones esgrimidas por el legislador para justificar eficazmente el requisito objetivo de perseguibilidad del art. 296, motivo por el cual han intentado buscar soluciones alternativas en argumentos de muy diversa naturaleza. Veremos no obstante que

⁷³⁰ Vid. GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., *Curso de Derecho penal de los negocios a través de los casos*, op. cit., pág. 56 que afirma además que “esta conclusión puede mantenerse porque, cuando los acuerdos sociales tienen un contenido específicamente penal – falsedad societaria (artículo 290), apropiación indebida (artículo 252), administración desleal (artículo 295), etcétera –, la conducta de los administradores no queda impune, sino que encuentra acomodo en otros tipos penales, que hacen perfectamente innecesarios y, por tanto superfluos, los delitos de los artículos 291 y 292.”

ninguna de ellas consigue soportar o respaldar satisfactoriamente la privacidad de la que ahora mismo gozan estos tipos penales.

Así, para algunos, aunque la apariencia de los delitos societarios es de indudable dimensión social, también es cierto que nos encontramos ante un neto exponente de delitos patrimoniales de cuño individual vista su regulación, por lo que se trata de un delito semiprivado por expresa voluntad del legislador y, en consecuencia, sólo el patrimonio privado estará en juego⁷³¹. Y desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta la preponderancia del interés particular sobre el general es por lo que se ha optado por hacer depender la persecución del delito de la voluntad del agraviado, permitiendo la apertura del procedimiento sólo a instancias de Ministerio Fiscal cuando se vean afectados los intereses generales⁷³². El problema, nuevamente, es que esa misma “individualidad” resulta aún más patente en los delitos patrimoniales clásicos, sin que en ningún momento se haya planteado hasta ahora someterlos también a ningún tipo de requisito de perseguibilidad privada.

A mayor abundamiento, el ya aludido principio de intervención mínima podría verse completado además con argumentos similares a los de los delitos que afectan al honor de las personas, ya que la divulgación del procedimiento podría aumentar el perjuicio de la víctima. Los fundamentos político criminales de los requisitos de perseguibilidad son desde esta perspectiva de orden público y moral, exigidos fundamentalmente para garantizar el derecho a la intimidad del perjudicado⁷³³. Dejando de un lado lo obvio que resultaría, nuevamente, afirmar que lo mismo podría decirse de otros tantos tipos penales públicos de similar naturaleza, dicho argumento únicamente será válido si se entiende que el agraviado o perjudicado siempre será una persona física; todo ello, habida cuenta de que por lo general resulta verdaderamente difícil reconocer a las personas jurídicas los derechos fundamentales de la intimidad, honor e imagen

⁷³¹ QUERALT, J. *Derecho penal español. Parte Especial*, op. cit., pág. 543 y ss.

⁷³² Vid. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 500, que entiende que la excepción al requisito de perseguibilidad del art. 296.2, que se debe a que la concepción semipública de los delitos societarios “se compadece mal con la trascendencia que estos delitos pueden tener para los intereses socioeconómicos y privatiza en exceso el ejercicio de la acción penal, convirtiéndolos en delitos ‘entre caballeros’ que pueden llegar a acuerdos, o utilizar la denuncia como un arma de chantaje para forzar esos acuerdos; en parecido sentido vid. también, del mismo autor, *Delitos societarios*, en *La Reforma de la Justicia Penal – Estudios de Homenaje al Prof. Klaus Tiedemann* – (Coord. GÓMEZ COLOMER, J. L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Universitat Jaume I, Valencia, 1997, pág. 141.

⁷³³ CASTRO MORENO, A. *El delito societario de administración desleal*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

recogidos en el art. 18 de nuestra Constitución, si bien ya hemos visto a la hora de estudiar los delitos contra el honor que tal circunstancia es posible y así viene siendo entendido por la doctrina jurisprudencial desde hace tiempo.

Otros entienden sin embargo que se desconocen las concretas razones de fondo de perseguir estos delitos en la mayoría de los casos sólo a instancia de parte, aunque quizás radique en la consciencia por parte del legislador de la amplitud de los tipos recogidos en el capítulo y de la necesidad de restringir su persecución. Sin embargo, dicha limitación no evita en modo alguno la utilización de estas figuras delictivas como instrumento profesional de chantaje, condicionando la retirada de la acción penal al pago de una compensación económica, figura muy común en los procedimientos penales frente a las grandes sociedades⁷³⁴. Nos encontraríamos así ante una torticera y espuria facultad por parte de los presuntos agraviados, organizados como auténticos grupos de presión, que podrían vender su silencio para forzar acuerdos o decisiones empresariales económicamente beneficiosas⁷³⁵.

Ahora bien, aunque efectivamente existen precedentes, dada su consideración de semipúblicos y de la inoperatividad del perdón del ofendido en este tipo de delitos, el posible ‘chantaje’ tiene un alcance limitado en la medida en que el Ministerio Fiscal podrá continuar con el procedimiento a pesar del desistimiento del perjudicado. Algunos autores han optado por matizar esta afirmación, en el sentido de que aunque

⁷³⁴ BAJO, M./BACIGALUPO, S. *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 620.; en parecido sentido, vid. también BAJO FERNÁNDEZ, M. *Delitos de prevalimiento de situación mayoritaria*, en *El nuevo Código penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, 1997, pág. 37 y 38. Vid. también ESCUDERO, J. F./GARCÍA, M. C. y otros autores, *Delitos societarios, de la receptación y contra la Hacienda pública*, op. cit., pág. 201, que entiende que esta deficiente técnica legislativa mediante el establecimiento de requisitos de perseguibilidad se debe que los delitos societarios constituyen un “amalgama de tipos de naturaleza heterogénea, tanto desde la perspectiva del bien jurídico, como de su estructura de peligro o lesión” razón por la cual el legislador “no se ‘atrevió’ a regularlos como delitos absolutamente públicos, cual habría sido razonable de entender protegido como bien unitario o categorial del orden socio-económico, ni tampoco como delitos privados, acudiendo a la fórmula de los delitos semipúblicos que el precepto comentado acoge sin duda.” (...) “La cláusula del art. 296 CP, en definitiva, es un último exponente de la deficiencia técnica de la regulación de los delitos societarios y abona, desde la exégesis desapasionada, (...) a la urgente necesidad de una reforma global de los delitos societarios.”. En parecido sentido se han pronunciado además GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 610, para quien el carácter novedoso de los delitos societarios “hizo probablemente ser más cauto al legislador, temeroso de una posible criminalización de las relaciones mercantiles”, y FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Los delitos societarios en el Código penal español*, op. cit., pág. 146.

⁷³⁵ CASTRO MORENO, A., *Análisis teórico-práctico de la condición objetiva de procedibilidad en los delitos societarios*, op. cit., pág. 50; vid. también GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M. *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos*, op. cit., pág. 19, y SEQUEROS SAZATORNIL, F. *El alumbramiento de los delitos societarios: juicio crítico sobre la necesidad y la oportunidad de su regulación*, op. cit., pág. 1046.

efectivamente el Ministerio Fiscal no tiene opción de entrar en el procedimiento hasta que no sea presentada la denuncia o querrela por parte del agraviado, momento en el que tendría lugar el traspaso del procedimiento, la mera exigencia de la condición de un requisito de perseguibilidad ya determina *per se* que “el perdón del ofendido – o de su representante legal – extinga la acción penal o la pena impuesta”, siendo discutible por otro lado que el desistimiento o renuncia pueda ser equiparado a dicho perdón. De tal forma que, una vez asumida por el Ministerio Fiscal la acción penal, el único control que le restará al denunciante-ofendido será la posibilidad del perdón en los términos exigidos por el art. 130.5º⁷³⁶. Sin embargo, dicho argumento no resulta válido en nuestra opinión, pues según el tenor literal de dicho precepto, sólo será efectivo el perdón del ofendido “cuando la Ley así lo prevea”, cosa que en el caso de los delitos societarios no sucede⁷³⁷, como ya se ha expuesto⁷³⁸.

Junto con la configuración de estas figuras como delitos semipúblicos sin otro motivo y razón que restringir la intervención penal en el ámbito socioeconómico con técnicas procesales, también se ha recurrido con cierta frecuencia a la existencia de un dato adicional que justifica la exigencia de una iniciativa de parte previa a la persecución de estos delitos: que sin la colaboración efectiva del perjudicado – cuyo interés real de algún modo anticipa la denuncia o la querrela –, la investigación procesal resulta inútil, abocada por fuerza a una absolución final por falta de pruebas⁷³⁹. No obstante, si ésta era la intención del legislador, sin duda alguna hubiera sido de mayor utilidad la

⁷³⁶ MORENO CHAMARRO, I. *Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los Tribunales*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2005, pág. 154 y 155.

⁷³⁷ Vid. al respecto FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Los delitos societarios en el Código penal español*, op. cit., pág. 148.

⁷³⁸ A simple vista, resulta en cierto modo chocante que, comparada la literalidad del art. 191, con la de los arts. 287 y 296, únicamente en el primero se diga expresamente que “*el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase*”, de forma aparentemente innecesaria dado que el art. 130.5º CP afirma que la responsabilidad criminal únicamente podrá extinguirse, “*por el perdón del ofendido, cuando la ley así lo prevea*”. En opinión de FARALDO CABANA, P. *Rasgos comunes a todos los delitos societarios*, op. cit., pág. 52 y 53, dicha contradicción es tan sólo aparente si diferenciamos los casos de extinción de la acción penal de los casos de extinción de la responsabilidad penal y de extinción de la pena ya impuesta. Dicha diferenciación haría posible compatibilizar los antedichos preceptos con el art. 106 LECrim., que afirma que la acción penal por delito o falta “no se extingue por la denuncia de la persona ofendida” (párrafo primero), salvo en los supuestos de perseguibilidad a instancia de parte (párrafo segundo). De esta forma, y conforme a lo establecido en los citados preceptos, en los delitos perseguibles a instancia del perjudicado, éste tiene posibilidad de extinguir la acción penal en cualquier momento, lo que supondría la posibilidad de llegar a una sentencia sobre el fondo por caducidad procesal. Sin embargo, la extinción de la responsabilidad criminal implica la posibilidad del cese del Derecho subjetivo del Estado de imponer y ejecutar la pena derivada del hecho delictivo, es decir, de extinguir la acción penal y, en el caso de que ésta ya hubiera sido ejercitada, de la pena impuesta en su caso.

⁷³⁹ GARCÍA-PABLOS, A. *Introducción al Derecho penal*, op. cit., pág. 59.

exigencia de querella, que exige un mayor esfuerzo en su redacción y elaboración, pues mientras para la denuncia puede bastar una aséptica descripción de los hechos, la querella ha de ser mucho más detallada y documentada⁷⁴⁰. Adicionalmente, si ésta era la verdadera intención de dicho requisito, lo propio hubiera sido extender tal exigencia a cualquier otro tipo delito patrimonial de igual o mayor complejidad – como podría suceder, entre otros muchos, con los delitos preconcursales, o las estafas o apropiaciones indebidas de especial entidad –.

En este estado de cosas, es obvio que no es posible justificar eficazmente el tratamiento privilegiado con que actualmente cuentan los delitos societarios. En primer lugar, porque como hemos visto, el pretendido principio de intervención mínima del Derecho penal resulta abiertamente improcedente desde el mismo instante en que estos tipos penales ya lo han vulnerado claramente desde el principio al pretender sancionar (penalmente) conductas mercantiles de un modo mucho más laxo a como lo hacen tanto la Ley de Sociedades de Capital como la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otro lado, porque este tratamiento no soporta la más mínima crítica en cuanto comparamos a estos tipos con otros de similar naturaleza, al carecer completamente de sentido el distinto tratamiento que el legislador otorga a unos y otros desde el punto de vista de su perseguibilidad. Tal incongruencia resulta absolutamente obvia en casos de delitos homogéneos – apropiación indebida y administración desleal –, si bien es igualmente predicable con otros tantos de similar naturaleza – como sucede, por poner sólo dos ejemplos, con la falsedad de cuentas y los delitos de falsedad documental, o con el delito de negación de información del art. 294 y los delitos bursátiles –.

§ XIV. 5. - Conclusiones

(1).- La primera vez que se introdujo la necesidad de presentación de querella por parte de los perjudicados o del Ministerio Fiscal como requisito previo para el enjuiciamiento de este tipo de delitos fue en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992. No obstante, desde la primera redacción planteada en este proyecto, a la final del Código

⁷⁴⁰ Vid. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Los delitos societarios en el Código penal español*, op. cit., pág. 146, para quien mientras el denunciante no contrae ningún tipo de obligación más allá de testificar como testigo, en su caso, el querellante está obligado a probar las acusaciones que profesa contra el querellado.

penal de 1995, hubo importantes modificaciones, unas de carácter flexibilizador y otras más restrictivas, de dicho requisito. Así. v.gr, mientras al principio se entendió necesaria la presentación de querella, el legislador optó finalmente por exigir mera denuncia; por otro lado, mientras la redacción original legitimaba a los perjudicados para la presentación de la misma, la redacción definitiva limitaría tal posibilidad únicamente a los agraviados por el delito.

(2).- Los delitos societarios regulan conductas de diversa naturaleza, cuyo nexo de unión gira siempre en torno a la propia sociedad. Los bienes jurídicos protegidos que justifican la regulación de cada una de estas conductas, son diversos: (a) el *patrimonio de la propia sociedad* – para los delitos de falsedad de cuentas del art. 290, y administración desleal del art. 295 –; (b) *los derechos de los socios* – para los delitos de falsedad de cuentas del art. 290, imposición de acuerdos abusivos o lesivos de los arts. 291 y 292, negación de información del art. 293 y administración desleal del art. 295 –; y (c) la *labor supervisora de terceros* – para la sustracción a medidas de inspección administrativa, art. 294 –.

Ahora bien, a pesar de la referida pluralidad de bienes jurídicos, lo cierto es que todos ellos se encuentran estrechamente vinculados por elementos e intereses comunes, pudiendo destacarse la común finalidad de estos delitos de garantizar el correcto funcionamiento de la propia sociedad. Éste tiene a su vez una doble proyección: de un lado, la protección de los intereses económicos individuales de los particulares – socios o accionistas, fundamentalmente –, y de otro, los intereses generales en conexión con una adecuada articulación del orden socioeconómico. Dualidad ésta que, por otro lado, resulta fácilmente deducible de la propia literalidad del art. 296, al reconocer expresamente que las conductas sancionadas por los delitos societarios podrán afectar, bien a particulares agraviados – art. 296.1 –, bien a los intereses generales o a una pluralidad de personas – art. 296.2 –.

(3).- Son dos, en principio, las referencias de que disponemos para justificar este especial tratamiento. De un lado, las cautelas propias de la incorporación *ex novo* de un nuevo capítulo dedicado a los delitos societarios, no contemplado hasta la fecha. De otro, la aplicación del principio de intervención mínima, subsidiariedad y

fragmentariedad del Derecho penal. No obstante, tales justificaciones resultan abiertamente insuficientes.

En primer lugar, y más allá de las críticas ya apuntadas a lo largo de este trabajo en relación a dichos argumentos, porque resulta incongruente la pretensión del legislador de aludir al principio de intervención mínima para defender la privacidad de estos delitos, cuando éste nunca ha sido respetado en la regulación de estos ilícitos en sede penal, habida cuenta la extralimitación evidente en relación con determinados comportamientos que ya se encontraban regulados en las legislaciones civil y mercantil.

Adicionalmente, y aun cuando admitiéramos que los principios político criminales que justifican este requisito son los de irrelevancia y *ultima ratio* – cuyo ámbito de actuación prima mucho más en delitos de corte patrimonial que en otros que puedan afectar a interés mucho más relevantes como la vida, al salud o la libertad –, resulta cuando menos paradójico que, salvo la excepción de los delitos de daños imprudentes ya comentados, este requisito no se exija para los delitos patrimoniales clásicos, sino únicamente en aquellos supuestos en los que la infracción en cuestión haya sido cometida al amparo de la estructura orgánica de las sociedades mercantiles. Por este motivo, no queda claro el fundamento de las condiciones de perseguibilidad en los delitos societarios.

CAPÍTULO XV.- DELITOS DE AGRESIONES, ABUSOS Y ACOSO SEXUALES

§ XV. 1. - Progresiva desprivatización de los delitos contra la libertad sexual

(1).- Desde la entrada en vigor del Código penal de 1995, los delitos de agresiones, abusos y acoso sexuales son los que gozan del mayor componente de publicidad entre todos los sometidos a algún tipo de requisito de perseguibilidad. Hasta tal punto es así que, de hecho, en virtud de lo dispuesto en el art. 191, el Ministerio Público tiene plena autonomía para perseguir en solitario estas tres concretas figuras – lo que implica una consideración *pública* del delito –, mediante interposición de querella tras la ponderación de los “legítimos intereses en presencia”. El Fiscal goza así de un margen mucho mayor que el previsto en otros delitos como la intimidad, o los relativos al mercado y los consumidores y societarios, que como ya hemos visto también podrán ser perseguibles de oficio aunque únicamente en aquellos supuestos tasados en los que la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

(2).- La importante *cifra negra* de estos delitos está estrechamente vinculada con el requisito de perseguibilidad del art. 191. De un lado, porque las limitaciones impuestas en cuanto a la persecución de estas conductas residen precisamente en su carácter humillante, en que normalmente la víctima sea una mujer, así como en los sufrimientos derivados de la posterior recreación de los hechos ante las autoridades, pues la colaboración en su reconstrucción con motivo de su investigación inevitablemente conlleva una profundización en la vejación producida⁷⁴¹. Sin embargo, a la vista del alto número de presuntos delitos que finalmente pueden quedar sin ser investigados, es obvia la ineficacia del procedimiento de persecución diseñado por el legislador.

Sin duda alguna, las carencias que presentan estos tipos penales, especialmente en lo referente a su perseguibilidad, son las que desde hace tiempo vienen obligando al

⁷⁴¹ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*. Volumen II, op. cit., pág. 102.

legislador a replantearse esa pretendida *privacidad* en el vigente Código penal, dotando paulatinamente al Ministerio Público de un cada vez mayor protagonismo y autonomía.

(3).- Tras las diversas reformas acaecidas – la más relevante en relación con el vigente Código penal, quizás, la propiciada por la LO 11/1999, de 30 abril, si bien la de la LO 3/1989, de 12 de junio, que afectó al anterior de 1973, tuvo también una gran trascendencia –, actualmente el Título VIII recoge los siguientes seis capítulos: (i) agresiones sexuales – arts. 178 a 180 –; (ii) abusos sexuales – arts. 181 y 182 –; (iii) abusos y agresiones sexuales a menores de trece años – arts. 183 y 183 bis –; (iv) acoso sexual – art. 184 –; (v) exhibicionismo y provocación sexual – arts. 185 y 186 –; y (vi) delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores – arts. 187 a 190 –. No obstante, el requisito de perseguibilidad únicamente es exigido únicamente en las denominadas agresiones, acoso o abusos sexuales.

La parte del Código penal dedicada a los delitos sexuales ha sido objeto de múltiples modificaciones y actualizaciones a lo largo de los años, sin duda alguna, debido a un evidente ánimo de nuestro legislador de adaptarse a la mentalidad y costumbres sociales de cada momento⁷⁴². Como decíamos, una de las más relevantes fue la modificación operada por la LO 3/1989, de 21 de junio, que cambiaba la denominación de “delitos contra la honestidad”, por “delitos contra la libertad sexual”. A su vez, tras la reforma de la LO 11/1999, dicha rúbrica sería sustituida nuevamente por la de “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, que es la mantenida hasta la fecha. Según la exposición de motivos, este significativo cambio fue debido a que la tipificación de las conductas no podía reducirse a la defensa de la libertad sexual “ya que se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces”.

Todas estas modificaciones resultarán altamente ilustrativas a la hora de determinar el bien jurídico protegido de estos delitos, pues tras la reforma de 1989 parece claro que nos encontramos ante una serie de ilícitos que afectan a la parcela individual de las

⁷⁴² Vid. LAMARCA PEREZ, C. *El sistema de protección de la libertad e indemnidad sexual*, La Ley Penal, La Ley, nº 35, Sección Estudios, febrero 2007, págs. 5 y ss., para quien, de hecho, en el ámbito de la sexualidad es donde el legislador penal se ha venido mostrando más atento a las transformaciones que se han venido produciendo en nuestra sociedad a lo largo del tiempo.

personas, entendida como la posibilidad de establecer relaciones sexuales y afectivas con otros individuos mayores de edad sin trabas de ningún tipo⁷⁴³. Así, mientras la rúbrica “delitos contra la honestidad” respondía más bien a motivos ético-morales, la actual redacción, a partir de la paulatina desvinculación de esa impregnación moral producida a partir de nuestra etapa constitucional, responde simplemente a la *libertad individual* de las personas⁷⁴⁴.

Esta circunstancia resulta aún más patente si atendemos a las numerosas reformas acaecidas desde la instauración de la democracia. Así sucede, v. gr., con la Ley 46/1978, de 7 de octubre, que derogó el adulterio, el amancebamiento y el incesto, al tiempo que terminó con las referencias a la condición femenina y honesta del sujeto pasivo en el delito de estupro; la reforma operada por la LO 8/1983, de 25 de junio, que omitió la referencia al matrimonio entre ofensor y ofendida como causa de extinción de la responsabilidad penal en la violación; la LO 5/1988, de 9 de junio, que derogó el delito de escándalo público, que penalizaba determinadas manifestaciones del instinto sexual que no afectaban a la libertad ajena; y, por último, con la LO 3/1989, de 21 de junio, que en cierto modo culmina el proceso de cambio iniciado en 1978, sentando de forma definitiva las bases del orden punitivo hoy vigente en materia de delincuencia sexual. Resulta patente, por tanto, el paulatino abandono de aquellas figuras estrechamente relacionadas con la ya aludida honestidad, limitándose a regular únicamente aquellas otras que afectan directa a la *libertad sexual* que profesa el antedicho Título VIII. En parecido sentido parece haberlo entendido, como no podía ser de otro, nuestro Tribunal

⁷⁴³ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español. Parte Especial*, op. cit., pág. 181, para quien los delitos contra la libertad afectan a la denominada *autonomía sexual* de las personas.

⁷⁴⁴ Sobre la evolución histórica de los objetos de protección de los delitos contra la libertad sexual, vid. NUÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2010, *passim*, quien hace un profundo e interesante análisis del bien jurídico protegido y su evolución desde el Derecho Romano hasta la Edad Moderna. Si bien los intereses no han sido nunca unitarios, en función de distintos factores, el autor destaca los siguientes: (i) en el Derecho Romano, el honor u honorabilidad de la víctima y su familia, o incluso para la propiedad en casos de agresiones contra esclavos; (ii) en el Derecho Medieval, junto a la honra, la fama o la honestidad, cabía añadir “la protección de intereses de dominio de género de índole, en ocasiones económica”; (iii) en la Edad Moderna, la finalidad de estos ilícitos era la de encauzar el instinto sexual para la protección de unos valores que trascendían el propio atentado, resultando por tanto ajenos a los intereses particulares de la víctima; no siendo hasta (iv) la llegada de los movimientos liberales, y especialmente a partir de la reforma penal de 1989, cuando la libertad sexual comenzó a encontrar una tutela de forma directa.

Supremo, que en diversas resoluciones ha venido a afirmar que la mayor o menor honestidad o promiscuidad de la víctima resulta irrelevante en este tipo de delitos⁷⁴⁵.

(4).- En lo que a la perseguibilidad de estos delitos respecta, lamentablemente aún queda bastante camino por recorrer. En efecto, este radical cambio de criterio en cuanto a la esencia del bien jurídico protegido sin duda alguna debería de haber obligado al legislador a una reconsideración del tratamiento excesivamente *privatista* que venía caracterizando a los delitos sexuales hasta la fecha. Y es que, en la medida en que a partir de dicha reforma estos tipos penales dejaron de ser considerados como meros atentados contra el honor o la honra de la víctima – donde como hemos podido apreciar con las injurias y calumnias, sí existía una clara tradición *privatista* –, pasando a ser un ataque contra la libertad individual – de carácter marcadamente *público* –, la revisión de su persecución era obligada.

Lamentablemente, la necesaria y completa *desprivatización* de estos delitos no tuvo lugar de forma coetánea a la propia reforma de 1989. No obstante, a través de la misma hubo importantes avances tales como la eliminación de la eficacia del perdón del ofendido o la restricción de la presentación de denuncia a la propia víctima; posteriormente, también es posible apreciar otros importantes avances del legislador en esa misma línea, al ampliar aún más la capacidad del Ministerio Fiscal, cuya participación había sido marcadamente restrictiva. Sin duda alguna, tales circunstancias obedecen a la antedicha evolución del pensamiento de nuestra sociedad, cada vez más sensibilizada con este tipo de atentados.

(5).- Siguiendo esa misma tendencia, el Código penal de 1995 supuso, en cierto modo, una ruptura con el modelo establecido hasta entonces desde el punto de vista de la perseguibilidad de los delitos contra libertad e indemnidad sexuales. Indudablemente, tal circunstancia supuso un paso más, aunque aún insuficiente, hacia la necesaria eliminación de cualquier tipo de requisito de perseguibilidad en este tipo de delitos, claramente incompatible con su propia naturaleza.

⁷⁴⁵ En efecto, el Tribunal Supremo viene reconociendo en no pocas sentencias que, v. gr., la imposición violenta a una prostituta resulta merecedora del mismo reproche que el infringido por el mismo medio a cualquier otra persona, pues aquella tiene plena libertad para disponer de su sexualidad – vid. SSTs de 29 de marzo de 1994 y de 23 de enero de 1997, entre otras –.

En efecto, hasta entonces la trayectoria del requisito de perseguibilidad de los delitos contra la libertad sexual seguía un claro paralelismo al previsto para los delitos contra el honor ya estudiados. Mientras el Código penal de 1822, al tratar los abusos deshonestos el Capítulo IV del Título Primero de la Parte Segunda – “De los raptos, fuerzas y violencias contra las personas; y de la violación de los enterramientos” – no limitaba en modo alguno la persecución de este tipo de ofensas, las restricciones posteriores sí dotarían una gran *privacidad* a los mismos. Primero exigiendo únicamente la previa interposición de querella, y posteriormente, de denuncia. Probablemente, tales semejanzas con los delitos de injurias y calumnias respondía precisamente a que ambos eran considerados atentados contra el honor en sí mismos, si bien desde un prisma y con alcance claramente diferenciados.

Fue así el Código penal de 1848 el primero en limitar estos delitos, exigiendo en cada caso concreto la previa interposición de denuncia o querella por parte de las personas que podían resultar ofendidas por el delito cometido, que no tenían por qué coincidir con la propia víctima. Así, para el caso de adulterio, la capacidad para denunciar correspondía únicamente al marido, a quien se reconocía la eficacia el perdón del ofendido y de remisión de la pena⁷⁴⁶; para la violación, la legitimación para denunciar recaía en la víctima, sus padres, abuelos o tutores o, en caso de incapacidad, el procurador síndico o el Ministerio fiscal⁷⁴⁷; y en supuestos de estupro, las personas autorizadas para presentar la denuncia eran la persona agraviada, su tutor, padres o abuelos⁷⁴⁸, pudiendo en estos dos últimos casos evitarse la condena si el agresor se casase con la víctima⁷⁴⁹. Únicamente los supuestos de exhibicionismo y provocación sexual, así como los delitos relativos a la prostitución, eran perseguibles de oficio en la legislación precedente.

⁷⁴⁶ Art. 359 CP 1848: “No se impondrá pena por delito de adulterio, sino en virtud de querella del marido agraviado. / Este no podrá deducirla contra ambos culpables, si uno y otro vivieren, y nunca si hubiere consentido el adulterio, o perdonado a cualquiera de ellos”

Art. 360 CP 1848: “El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta a su consorte, volviendo a reunirse con ella. / En este caso se tendrá también por remitida la pena al adúltero.”

⁷⁴⁷ Art. 363 CP 1848, párrafos segundo y tercero: “Para proceder en las causas de violación y en las de raptor ejecutado con miras deshonestas, bastará la denuncia de la persona interesada, de sus padres, abuelos o tutores, aunque no formalicen instancia. / Si la persona agraviada careciese o estado moral de personalidad para estar en juicio; y fuere además de todo punto desvalida, careciendo de padres, abuelos, hermanos tutor o curador que denuncien, podrán verificarlo el Procurador síndico o el Fiscal por fama pública.”

⁷⁴⁸ Art. 363 CP 1848, párrafo primero: “No puede procederse por causa de estupro sino a instancia de la agraviada o de su tutor, padres o abuelos”

⁷⁴⁹ Art. 363 CP 1848, párrafo cuarto: “En todos los casos del presente artículo el ofensor se libra de la pena casándose con la ofendida, cesando el procedimiento en cualquier estado de él en que lo verifique.”

Con el Código penal de 1973, en un estadio inicial el art. 443 preveía únicamente la persecución de los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto previa denuncia de la persona agraviada, o del cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador de hecho; estableciéndose como límites la denuncia del Ministerio Fiscal, la Junta de Protección de Menores o cualquier Tribunal Tutelar de Menores en casos de menores de dieciséis años. Se admitía asimismo el perdón del ofendido mayor de veintitrés años como causa extintiva de la acción penal o pena impuesta, así como del representante, protector o guardador del menor edad, el mayor de veintiún años y menor de veintitrés, habiendo oído previamente al Ministerio Fiscal.

Sin embargo, tales exigencias fueron rebajadas considerablemente con la reforma del año 1989, otorgando una mayor legitimación al Ministerio Público y eliminando los consentimientos de cónyuges, hermanos, etc., sin duda alguna, como expresión de esa nueva concepción de este tipo de ilícitos como atentados contra la libertad sexual individual, en vez de contra la honestidad. De este modo, la reforma la nueva redacción del art. 443 limitaría esa exigencia a la denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden, o del Ministerio Fiscal cuando en casos de menores o incapaces, eliminando a su vez la admisión del perdón del ofendido como extinción de la acción penal.

Por su parte, la redacción del vigente art. 191 viene a reproducir el tenor literal del derogado art. 443 del anterior Código penal, si bien con algunas novedades verdaderamente significativas, como son la eliminación de las referencias relativas al rapto, la exclusión de la posibilidad de interposición de denuncia a los ascendientes como legitimados y, por último, la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda querellarse, en principio, con independencia de la mayoría de edad de la víctima y de su capacidad.

De entre las tres referidas modificaciones, quizás la más relevante sea esta última, pues tras la LO 10/1995, la persecución de estos delitos quedó reformulada en el sentido de permitir persecución de delito por parte del Ministerio Fiscal, aunque ponderando los legítimos intereses de la víctima. Se rompía así con una tradición asentada desde hacía

más de un siglo y medio por la que se otorgaba a este tipo de delitos una condición mucho más *privatista*, al ser sólo perseguibles a instancia de parte.

Asimismo, es de destacar también que a esta paulatina desprivatización de los requisitos exigidos en cuanto a su perseguibilidad, como veremos más adelante, ha colaborado de forma inestimable nuestra jurisprudencia al otorgar a estos ilícitos del mayor componente de publicidad posible mediante una interpretación de los mismos absolutamente laxa y tolerante. Prueba de ello es, v. gr, la validez de las denuncias *in voce* para la persecución de estos atentados contra la libertad sexual o, incluso, la mera verificación de que no existe oposición por parte de la víctima a la apertura del procedimiento a instancias del Ministerio Fiscal.

(6).- Finalmente, en cuanto a la eficacia del perdón del ofendido, simplemente manifestar que el vigente Código penal mantiene la versión ofrecida por el antiguo Código punitivo de 1973, tras la reforma de 1989, en cuya virtud aquél carece de eficacia alguna.

§ XV. 2. - Libertad e indemnidad sexuales: superación de la honestidad como bien objeto de tutela

(1).- Si bien es cierto que nuestra jurisprudencia viene sosteniendo que la *libertad sexual* constituye el bien jurídico tutelado por el Título VIII del Código penal – así como el legislador, según puede deducirse claramente del Preámbulo de la LO 3/1989 –, sin entrar en el detalle de especificar qué concreta esfera de este objeto de protección es la que recibe amparo directo por cada una de las modalidades de estos delitos en cuestión⁷⁵⁰, dada la diversidad de ilícitos abarcados por dicho apartado, lo cierto es que

⁷⁵⁰ Vid., entre otras, SSTS 1469/2005, de 24 de noviembre, 507/2005, de 21 de abril, ó, 422/2005, de 4 de abril. Vid., también, BUENO ARÚS, F. *Análisis de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político criminal de la reforma española de 1999*, en *Delitos contra la libertad sexual* (Dir. Díez Ripollés, J. L.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 270, quien resalta el informe emitido al respecto por el CGPJ, que entendía que el bien jurídico protegido por estos delitos “no es la honestidad de las personas, ni una determinada moral sexual colectiva, sino la libertad sexual que es predicable de todas las personas”, añadiendo que “en el bien jurídico protegido por esta regulación punitiva lo esencial es el valor de la libertad y lo adjetivo es lo sexual”. Para DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*, op. cit., pág.

ésta contempla a su vez otros objetos de protección. La diversidad de delitos comprendidos en este apartado hace recomendable, además, un análisis individualizado de cada tipo penal al objeto de concretar sus respectivas particularidades, que han llevado al legislador a limitar la perseguibilidad en algunos de estos delitos, pero no en todos.

Efectivamente, la aludida libertad sexual está claramente consolidada como el objeto de protección que justifica las intervenciones jurídico-penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos⁷⁵¹, cuando concurre ausencia de consentimiento o cuando éste ha sido obtenido de modo violento o viciado⁷⁵². No obstante, esta libertad no puede verse como elemento estructurador de todo este apartado, de entrada y como veremos más adelante, porque difícilmente podrá protegerse la libertad de menores o incapaces cuando es obvio no la pueden ejercer, bien por carecer de presupuestos cognitivos y/o volitivos para ello, bien por no tener reconocido dicho derecho jurídicamente.

Por otro lado, la elección de la libertad sexual como objeto de tutela del Derecho penal responde a la dimensión que tienen las relaciones de esta naturaleza en nuestra sociedad, que afectan además a distintos derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, tales como la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad – art. 10 – o la integridad física y moral – art. 15 –. La libertad sexual está, desde esta perspectiva, estrechamente vinculada a otros derechos como la libertad personal observado desde el prisma de su sexualidad, así como a la libertad ambulatoria o la libertad de conciencia⁷⁵³.

101, en cambio, aunque la libertad sexual constituye el objeto de protección en la práctica totalidad de estos delitos, se trata de una cuestión que dependerá de cada caso concreto.

⁷⁵¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual*, en *Delitos contra la libertad sexual* (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 219; también MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 217.

⁷⁵² LAMARCA PÉREZ, C. *Derecho Penal. Parte especial* (Coord.), 5ª Ed., Colex, Madrid, 2010, pág. 150.

⁷⁵³ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual*, en *Delitos contra la libertad sexual*, op. cit., pág. 219 y ss. No obstante, este autor viene defendiendo la regulación especial de los delitos contra la libertad sexual en base a: (i) la especial vinculación con la autorrealización personal, que no se aprecia de forma específica en el resto de los delitos genéricos contra la libertad personal; (ii) por la notable diferenciación y peculiaridad de las conductas objeto de protección, que quedarían desdibujadas dentro de esos mismos delitos genéricos contra la libertad; y (iii) por los condicionamientos normativos de estos delitos que no se dan en las amenazas o las coacciones, destacando entre otros, la exclusiva protección del sujeto pasivo frente a un comportamiento sexual no deseado, entendiendo por tal aquella en la que no se ha manifestado expresamente el consentimiento (no se parte en consecuencia de la presunción de que toda relación es consentida mientras no manifieste su

Este bien jurídico protegido tiene por objeto, en consecuencia, tanto asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de absoluta libertad individual, como garantizar la autodeterminación sexual de todo individuo⁷⁵⁴. Los delitos contra la libertad sexual abarcan, por tanto, todas aquellas relaciones sexuales en las que no concorra voluntad por parte de alguno de los implicados.

La libertad sexual equivale así a la libertad de elección, entendida como la facultad de decidir acerca de una determinada opción sexual y con quién compartir nuestras relaciones sin más limitaciones que el respeto por la persona que tenemos enfrente⁷⁵⁵. Nos encontramos de este modo, de un lado, ante una libertad sexual en sentido positivo dinámico, que equivale a nuestra capacidad de elegir o acceder a mantener relaciones sexuales con quien estimemos oportuno; y, de otro, ante una libertad en sentido negativo estático, entendida como la plena libertad para rechazar proposiciones no deseadas, es decir, a no soportar la coacción moral o física dirigida a la ejecución de actos de esta índole.

(2).- En la actualidad, la práctica totalidad de la doctrina defiende esta concepción mixta de la libertad sexual, y aun siendo cierto que ésta no siempre ha llegado a delimitar qué aspecto concreto de la libertad es objeto de protección en cada concreto delito, parece claro que los tres ilícitos contra la libertad sexual que aquí nos ocupan están más estrechamente relacionados con el antedicho aspecto negativo que con el positivo, al proteger al individuo, en definitiva, frente a posibles acosos, agresiones y abusos no

oposición de forma expresa), así como la peculiar insistencia de vincular este tipo de comportamientos a determinados principios éticos y morales.

⁷⁵⁴ Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G. *El llamado delito de violación en el nuevo Código penal. La jurisprudencia sobre el delito de violación del período 1989-1996*, en *Delitos contra la libertad sexual* (Dir. Álvarez Álvarez, G.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág.17. Para dicho autor los conceptos “libertad” y “sexualidad” están estrechamente relacionados en su origen, pues el vocablo latino “liber” del que deriva “libre” tenía el sentido de persona en la cual el espíritu de procreación se encontraba activo; “liber” se llamaba por tanto al joven cuando alcanzaba su madurez sexual y se incorporaba a la comunidad como hombre capaz de asumir responsabilidades. Por otro lado, la idea de autodeterminación se encuentra estrechamente vinculada con las de *posibilidad de elección, ausencia de interferencia o ausencia de coacción*.

⁷⁵⁵ En parecido sentido, vid. ORTS BERENGUER E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 17, que define la libertad sexual como la capacidad de determinación en el ámbito de la sexualidad que incluye la facultad de escoger y practicar en cada momento la opción sexual que más plazca, a la utilización del propio cuerpo en la esfera sexual sin más limitaciones que el respeto a la libertades ajenas, y a rechazar las proposiciones sexuales no deseadas.

deseados. Así, la libertad sexual ha de entenderse como el derecho del sujeto pasivo a rechazar proposiciones lúbricas no deseadas e impuestas mediante el empleo de la fuerza física o moral.

En otros delitos contemplados por este mismo capítulo del Código penal, el objeto de protección más destacado es, sin embargo, el aspecto positivo de la libertad sexual antes referido. Así ocurre cuando la víctima es menor o incapaz, donde en muchos casos no cabe apreciar violencia o intimidación, y en donde se ve comprometida en cambio la libertad sexual futura de estas personas, pues dichos atentados pueden inferir en el correcto desarrollo psicológico de estos sujetos que, de adultos, pueden llegar a tener dificultades para el mantenimiento de relaciones sexuales normales⁷⁵⁶.

Algunos autores han optado además por clasificar la libertad sexual en función de las distintas figuras delictivas, pues no es lo mismo el vencimiento de la voluntad pese a la resistencia de la víctima que podemos encontrar en las agresiones sexuales violentas o en algunas conductas relacionadas con la prostitución; que el consentimiento viciado cuando concurre algún tipo de intimidación, engaño, prevalimiento de superioridad, aprovechamiento del estado de necesidad o especial vulnerabilidad de la víctima, etc., que además de en las anteriores, pudieran darse también, entre otros, en los abusos sexuales; el consentimiento inválido por incapacidad de la víctima, que obviamente podría darse cuando la víctima es menor; o, aquellas conductas que puedan realizarse sin el consentimiento del sujeto pasivo, pese a no concurrir resistencia posterior o simplemente falta dicho consentimiento; o, incluso, cuando de hecho no se da la oportunidad a ésta a manifestar su propia voluntad⁷⁵⁷.

(3).- Por otro lado, en cuanto a la *indemnidad sexual*, introducida por primera vez tras la reforma operada en el año 1999, su justificación obedece a aquellos supuestos en los que no resulta predicable una libertad sexual en sentido absoluto. La indemnidad sexual está vinculada así a la incapacidad del sujeto pasivo para acomodar la conducta objeto de protección a su propia voluntad. Resulta aplicable en aquellos supuestos en los que, tratándose de menores o incapaces, y aun no concurriendo violencia o intimidación,

⁷⁵⁶ ORTS BERENGUER E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, op. cit., pág. 18 y ss. Vid. también STS 422/2005, de 4 de abril.

⁷⁵⁷ Díez Ripollés, J.L. *El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual*, en *Delitos contra la libertad sexual* op. cit., pág. 225 y ss.

éstos carecen de capacidad intelectual y volitiva para acomodar la conducta del sujeto activo a su propia voluntad⁷⁵⁸.

En estos casos, indemnidad no es identificable con la libertad, *per se*, como objeto de protección, pues dichas personas, dada su edad, inmadurez, determinadas patológicas psiquiátricas que puedan afectar a su capacidad, etc., no están en condiciones de entender el significado y alcance de su sexualidad, así como tampoco para consentir libremente su práctica⁷⁵⁹. No obstante, dicha incapacidad no debe afectar a la facultad de dichos sujetos pasivos para rechazar encuentros sexuales no queridos, es decir, para ejercer el anteriormente referido aspecto negativo estático de la libertad sexual. Su negativa o resistencia a mantener cualquier contacto sexual posee eficacia jurídica en este sentido.

Sin duda alguna, la inclusión de la indemnidad sexual tras la reforma de 1999 fue la respuesta del legislador a las posturas doctrinales que, desde hacía tiempo, venían denunciando la insuficiencia de la libertad sexual para proteger a los menores e incapaces de los delitos sexuales contemplados en nuestro Código penal. Se otorgaba una especial protección que la ley dispensa a individuos que, estando incapacitados para ejercer la libertad sexual por encontrarse en determinadas situaciones especiales, como los menores de trece años, se encuentran más desamparados que el resto de la comunidad⁷⁶⁰. Ésta es la razón de la vinculación de la indemnidad sexual a este tipo de delitos, acertadamente, con el interés de que los menores e incapaces tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses y, en suma, un adecuado proceso de formación⁷⁶¹.

⁷⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 217. Para dicho autor, mientras la protección hacia los menores se justifica en la medida en que se pueda afectar a la evolución y desarrollo de la personalidad, la de los incapaces se apoya más bien en la capacidad del sujeto pasivo para decidir sobre el acto sexual.

⁷⁵⁹ CARMONA SALGADO, C. *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 161.

⁷⁶⁰ CARMONA SALGADO, C., *Delitos contra la libertad sexual*, en COBO DEL ROSAL, M., *Manual de Derecho penal. Parte especial I*, Madrid, 2005, pág. 244 y 245.

⁷⁶¹ ORTOS BERENGUER E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, op. cit., pág. 18 y ss. En parecido sentido, vid. ARIAS EIBE, M. J. *Las agresiones sexuales en el Código Penal español: estado actual de la cuestión*, Actualidad Penal, Ed. La Ley, Sección Doctrina, 2001, Ref. XVII, pág. 343, Tomo 2, para quien la indemnidad sexual se fundamenta precisamente en el interés de evitar perturbaciones en el normal desarrollo de la personalidad, si bien es cierto que no está científicamente constatado a partir de qué momento las relaciones sexuales dejan de incidir en el equilibrio psíquico futuro.

Ahora bien, frente a estos planteamientos, no han faltado sin embargo voces discrepantes que han entendido en cambio que era innecesario recurrir a la indemnidad sexual del menor o incapaz para justificar su protección frente a los delitos sexuales. Los defensores de esta opinión, sostienen que en la medida en que el bien jurídico de dichos delitos lo constituye el derecho de toda persona a ejercer su sexualidad en libertad, que implica que toda relación tenga lugar en un ámbito de libertad no sólo frente a imposiciones violentas o intimidatorias, sino también aquellos episodios íntimos con personas que, por sus especiales características (menores incapaces) puedan verse privados de dicha libertad⁷⁶².

No obstante, en la medida en que la indemnidad sexual también abarca el libre desarrollo de la personalidad y la posibilidad de elección libre de su condición sexual, circunstancias éstas no previstas en la libertad sexual de los adultos, sí parece aconsejable el reconocimiento de una especial protección hacia los menores dadas las particularidades del bien jurídico protegido que les afecta.

Por último, lamentablemente la jurisprudencia no ha legado a ocuparse por dar una definición concreta sobre el término indemnidad. En numerosas sentencias, el Tribunal Supremo se limita a poner de manifiesto que en determinados supuestos en los que ha apreciado la existencia de abuso sexual, corrupción de menores o delito relativo a la prostitución, siendo la víctima menor o incapaz, es la indemnidad sexual el bien jurídico protegido, sin determinar en qué consiste la misma⁷⁶³. No obstante, por el contenido de estas resoluciones, el Alto Tribunal sí ha identificado la indemnidad sexual con el derecho de ciertas personas a tener un desarrollo físico y psíquico normal, que no se vea truncado por la implicación no consentida en un contexto sexual. Es preciso advertir, por otro lado, que de acuerdo con la jurisprudencia analizada, la indemnidad sexual no es privativa de los menores e incapaces sino que también personas adultas y sanas pueden ver alterado su normal desarrollo físico y psíquico como consecuencia de su implicación no consentida en un contexto sexual⁷⁶⁴.

⁷⁶² DIEZ RIPOLLÉS, J.L. *El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual*, Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª época, nº 6, Madrid, 2000.

⁷⁶³ Vid., entre otras, SSTs 1444/2004, de 10 diciembre; 1424/2004, de 1 diciembre; 1124/2004, de 4 octubre; 1041/2004, de 17 septiembre; 938/2004, de 12 julio; 768/2004, de 18 junio; 469/2004, de 6 abril; 439/2004, de 25 marzo; 128/2004, de 4 febrero; 1945/2003, de 21 noviembre; 1460/2003, de 7 noviembre; 1386/2003 de 24 octubre.

⁷⁶⁴ Vid., entre otras, STS 14/2003 de 7 de noviembre.

(4).- Sentado lo anterior, a las ya aludidas libertad e indemnidad sexuales, cabría añadir otros bienes jurídicos sujetos a la protección de los delitos sexuales, como los atentados contra la dignidad que, indudablemente, podrían suponer cualesquiera tipos de agresiones, abusos o acosos objeto de este trabajo⁷⁶⁵. Así ha sido entendido de hecho por nuestra jurisprudencia, al reconocer en no pocas resoluciones judiciales que todo atentado contra la libertad e indemnidad sexuales supone un acto de vejación y humillación para la víctima que, además, lesiona también su integridad moral⁷⁶⁶. Tal circunstancia ha sido planteada especialmente en los casos de agresiones sexuales, que de modo expreso prevén como agravante, en su art. 180.1.1ª, cuando el comportamiento revista un carácter particularmente degradante o vejatorio.

También el derecho a la intimidad podrá ser considerado como otro de los bienes jurídicos protegidos en este tipo de delitos, ya sea vinculado al de la libertad sexual ya referido, o incluso considerándolo de forma autónoma y más unido al derecho a la integridad. Así, v. gr., en el ámbito de la prostitución aparecerían antepuestos los intereses de la mujer en detrimento de la voluntad de quien la ejerce libremente, por el mero hecho de tratarse de algo simplemente inaceptable desde el punto de vista aquella colectividad, con independencia de la opinión discrepante de cualquiera de sus individuos integrantes. Los partidarios de dicha teoría procederían en consecuencia a reclamar el castigo del cliente, aun mediando el consentimiento explícito de la prostituta, por entender que con dicho acto se producía un atentado contra su dignidad, e incluso contra su integridad moral, por tratarse de un acto de degradación y humillación de la mujer en el sentido más amplio del término. Consecuentemente, el derecho a la intimidad de la mujer pasaría a un primer plano, en detrimento del concreto derecho a la libertad sexual de dicha prostituta.

Obviamente, dicha tesis ha sido criticada desde distintas perspectivas, alegando entre otras cosas, que la misma resulta claramente incompatible con la consideración de estos delitos como infracciones contra bienes jurídicos individuales y la libertad individual, así como por abrir la puerta a la masiva incorporación de concepciones globales sobre lo

⁷⁶⁵ Vid. ORTS BERENGUER E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, op. cit., pág. 18 y ss, que también defiende la dignidad como bien objeto de protección en estos delitos.

⁷⁶⁶ Vid. SSTS 2749/2003, de 14 de marzo y 4290/2003, de 3 de junio.

sexualmente correcto en función de los valores ético-morales impuestos por una colectividad que pudieran resultar no respetuosos con la diversidad o las libertades individuales⁷⁶⁷.

Adicionalmente, en otros delitos contenidos en el Título VIII podrían resaltarse otras connotaciones adicionales, como sucede con los delitos de exhibición obscena y difusión de material pornográfico del Capítulo IV, o los relativos a la prostitución del Capítulo V, en las que existen otros vínculos o lazos que no son reconducibles ni a la libertad ni a la indemnidad sexuales. Tampoco la cualificación por razón de parentesco en las agresiones sexuales -art. 180.1.4ª- y en los abusos sexuales – art. 183.4.d – puede explicarse simplemente en base a la libertad e indemnidad⁷⁶⁸.

(5).- Entrando ya en el análisis individualizado de cada uno de los delitos que aquí nos ocupan, y partiendo de la base de que la libertad sexual obviamente estará presente en mayor o menor medida en todos ellos, es posible encontrar empero algunas particularidades.

Empezando con el delito de *agresión sexual*, como delito circunscrito a la imposición violenta o intimidación, éste apareció por primera vez con la entrada en vigor del Código penal de 1995, si bien ha sido modificado tras la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, aunque únicamente en el sentido de endurecer las penas, que han pasado de entre uno y cuatro años, a entre uno y cinco años.

El tipo básico ha sido definido con demasiada imprecisión, ya que el tenor literal del art. 178 condena a quien “atentare contra la libertad sexual de otra persona utilizando, violencia o intimidación”. Consecuentemente, dicho delito sanciona aquellos comportamientos violentos de contenido sexual no dirigidos a lograr el acceso carnal o

⁷⁶⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual*, op. cit., pág. 255. Vid. también ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G. *El llamado delito de violación en el nuevo Código penal. La jurisprudencia sobre el delito de violación del período 1989-1996*, op. cit., pág.18 y 19, para quien pretender encerrar los comportamientos sexuales en una norma jurídica es una verdadera quimera, razón por la cual el Derecho penal debe limitarse a atajar los casos más extremos, pero sin pretender ejercer ningún control social del comportamiento sexual del ser humano en general: la sexualidad consentida entre adultos plenamente responsables de sus actos pertenece a la privacidad y excluye cualquier intromisión del Estado.

⁷⁶⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 220, que sin embargo entiende que tanto la libertad como la indemnidad sexuales pueden ser aceptados como punto de partida en tanto bienes jurídicos comunes a todos los supuestos comprendidos en el Título VIII.

la introducción de objetos, esto es, lo que nuestra doctrina y jurisprudencia suele identificar con tocamientos o caricias, incluso, por encima de la ropa⁷⁶⁹. Por otro lado, el tipo cualificado de violación del art. 179 recoge comportamientos más graves que implican el acceso carnal, tanto por vía vaginal como anal o bucal, así como la introducción de objetos o miembros corporales por las dos primeras vías.

No obstante, y con independencia de las críticas que puedan efectuarse por la excesiva amplitud del tipo básico, por atentar contra los principios de intervención mínima y lesividad, lo cierto es que de dicha definición se puede apreciar con total claridad la referencia al bien jurídico protegido. Así, las agresiones sexuales se identifican con el atentado a la libertad sexual de la víctima⁷⁷⁰, puesto que es donde más claramente se muestra la voluntad contraria del sujeto pasivo y, por tanto, donde se protege la meritada libertad en su sentido más estricto como libertad de decisión de esta esfera⁷⁷¹.

(6).- En los *abusos sexuales*, antes denominados estupro, caracterizados en cambio por la realización de conductas de contenido sexual sin hacer uso de violencia o intimidación, el término de libertad sexual aparece de un modo mucho más sutil. Efectivamente, nuevamente aquí el art. 181.1 hace alusión expresa a dicha libertad sexual, sin embargo, la definición ofrecida por el segundo apartado exige, como elementos del tipo, bien mediante la anulación de dicha libertad a través de la privación de sentido o trastorno mental, bien por la inhabilitación de la voluntad haciendo uso de fármacos, drogas o sustancias químicas análogas. El atentado contra la libertad es aquí, por tanto, de una forma mucho más indirecta, pues en lugar de la imposición de la voluntad del agresor mediando violencia o intimidación, ahora basta con anularla por otras vías que no exigirían ningún tipo de fuerza.

⁷⁶⁹ LAMARCA PEREZ, C. *El sistema de protección de la libertad e indemnidad sexual*, op. cit.

⁷⁷⁰ Vid. CARMONA SALGADO, C. *Derecho penal español. Parte especial* op. cit., pág. 223. Para dicha autora no cabe duda en cuanto al bien jurídico tutelado habida cuenta de que así fue proclamado en el Preámbulo de la LO 3/1989, de 21 de junio, así como en la Exposición de Motivos de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, que señalaba que éste “no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos”, pues “bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio que la regulación que se propone elimina totalmente.”. Vid. También DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*, op. cit., pág. 103.

⁷⁷¹ LAMARCA PEREZ, C. *El sistema de protección de la libertad e indemnidad sexual*, op. cit.

Éste es el punto de convergencia de ciertas discrepancias existentes entre nuestra doctrina, pudiendo encontrarnos con opiniones que sostienen que no existen diferencias con las agresiones en cuando al bien jurídico protegido⁷⁷², frente a otras que defienden sin embargo, que en la medida en que los supuestos del art. 181 hacen referencia, en general, a la que la víctima estaría privada de sentido, dada la situación de incapacidad que contempla cualquiera de los supuestos previstos en el tipo, no es posible hablar de libertad sexual como bien jurídico protegido, o al menos no en los términos referidos anteriormente, por lo que resulta predicable la indemnidad sexual aludida más arriba. Todo ello, al margen del supuesto previsto en el art. 181.3, en el que el bien jurídico protegido sí es sin ningún género de dudas la libertad sexual del sujeto pasivo⁷⁷³.

Por nuestra parte, entendemos que en cualquier caso nos encontraríamos ante un atentado contra la libertad, pues aun siendo mediante la utilización de métodos indirectos, en definitiva estaríamos ante otro supuesto de imponer la voluntad del sujeto activo sobre la de la víctima. Se trata, en definitiva, de un atentado contra la víctima que en ningún momento habría mostrado una voluntad libre de mantener ningún tipo de relación de carácter sexual con su agresor.

(7).- En último lugar, nos encontraríamos con la figura del *acoso sexual*, introducida por primera vez en nuestro ordenamiento con el Código penal de 1995. Figura ésta que, como consecuencia de las críticas recibidas por sus términos excesivamente generalizadores, vio modificada su redacción inicial con la reforma de la LO 11/99, de 30 de abril, que es la que, con la única excepción de las penas previstas en el tipo que serían posteriormente modificadas, se mantiene en la actualidad. Su antecedente más inmediato podemos encontrarlo en el delito de solicitudación sexual por autoridad o funcionario público, también previsto en los arts. 443 y ss.

Con la nueva tipificación de esta conducta, nuestro Código penal trataba de dar una respuesta jurídico-penal a situaciones que lesionaban la dignidad del sujeto pasivo – una mujer, por lo general – en ámbitos generadores de unas especiales relaciones con cierta

⁷⁷² LAMARCA PEREZ, C. *El sistema de protección de la libertad e indemnidad sexual*, op. cit.

⁷⁷³ CARMONA SALGADO, C. *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 259.

jerarquía, como son la laboral o la docente⁷⁷⁴. El delito de acoso sexual sanciona así determinadas conductas atentatorias contra la libertad sexual, con el objeto de favorecer la integridad de la mujer en distintos ámbitos⁷⁷⁵. Desde esta perspectiva, el art. 184 persigue sancionar aquellas conductas consistentes en solicitar, es decir, pedir o pretender, de forma oral o escrita, pero no en obtener favores; si éstos finalmente se obtuvieren, esto es, si se materializasen, habría que aplicar entonces el tipo de abuso sexual de los arts. 181 y ss. Nuevamente, las solicitudes podrán ser de cualquier naturaleza, tanto de acceso carnal como de introducción de objetos, como conductas más leves o, incluso que el destinatario sea un tercero⁷⁷⁶.

Residualmente, y además de la protección del sujeto pasivo frente a proposiciones indecentes desde el punto de vista sexual, con esta regulación se pretendía dar una mayor protección al ambiente de trabajo o de docencia, protegiendo al sujeto pasivo frente a determinados ámbitos de relación laboral, prestación de servicios, etc. que pudieran comprometer la libertad de quienes trabajan o estudian, pero también su dignidad e intimidad⁷⁷⁷.

Por otro lado, dada la forma en que está regulado en el Código penal, el acoso no implica únicamente la agresión a una mujer, pues el sujeto pasivo puede serlo también un hombre. Este delito no se conceptúa por tanto como un mero ataque por razón de sexo, sino que también afecta a la dignidad de quien lo recibe, por lo que no se integra en el ámbito exclusivo de la igualdad o en la discriminación de sexo – art. 14 CE –, sino que también afecta a la dignidad y libertad personales – arts. 10 y 15 CE –.

Dicha circunstancia, por otro lado, sería precisamente el centro de las objeciones esgrimidas por determinados sectores de la doctrina que criticaron la creación de este delito. De un lado, por entender que no era más que la respuesta del legislador a la enorme presión ejercida por algunos grupos sociales (feministas y sindicalistas,

⁷⁷⁴ MARTÍNEZ ARRIETA, A. *Acoso sexual*, en *Delitos contra la libertad sexual* (Dir. Díez Ripollés, J. L.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 86. Vid. también CARMONA SALGADO, C. *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 268.

⁷⁷⁵ Vid. SÁNCHEZ DE LARA, C./ENRIQUETA CHICANO, J. *Del acoso sexual. Aspectos penales*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pág. 32, para quienes etimológicamente, el termino acoso deriva del supino “cursus” (carrera), derivado a su vez del correspondiente verbo “currere” (correr); de dicho origen se infiere la referencia a una persecución sin tregua, así como a la continuidad y a la persistencia.

⁷⁷⁶ LAMARCA PEREZ, C. *El sistema de protección de la libertad e indemnidad sexual*, op. cit.

⁷⁷⁷ MARTÍNEZ ARRIETA, A. *Acoso sexual*, en *Delitos contra la libertad sexual*, op. cit., pág. 96.

esencialmente), de determinados medios de comunicación, así como por determinadas Directivas europeas; presiones éstas dotadas de cierto componente demagógico y de índole más sentimental y emotivo que racional y fundamentado⁷⁷⁸. Por otro lado, por innecesario, por entender que para tal fin bastaba con el delito de amenazas para sancionar la conducta perseguida por el actual art. 184⁷⁷⁹, o incluso el abuso sexual de prevalimiento del art. 181.3, en grado de tentativa. A dicho delito de amenazas habría que añadir además el de coacciones del art. 172, que igualmente sanciona a quien, con violencia, compeliere a la víctima a “efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto”⁷⁸⁰, o los delitos contra la integridad moral del art. 173 CP. No obstante, también ha llegado a afirmarse que la figura del acoso presenta una tipicidad más amplia que, v. gr., la de las amenazas o la de abuso sexual con prevalimiento, sobre todo a la vista de la vigente redacción típica del acoso con sus dos previsiones, acoso sexual de intercambio y pretendidamente la ambiental⁷⁸¹.

Hay de tener en cuenta además el hecho de que esta conducta ya está regulada por otros ordenamientos como el laboral, previendo al respecto el Estatuto de los Trabajadores sanciones disciplinarias similares a las descritas en el tipo penal de acoso⁷⁸², lo que nos lleva ante un nuevo conflicto con los tantas veces citados principios de mínima intervención, accesoriedad y subsidiariedad de nuestro Derecho penal⁷⁸³.

⁷⁷⁸ CARMONA SALGADO, C. *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 268.

⁷⁷⁹ Vid. en este sentido, entre otros, ORAA J. *Delitos de lesiones y contra la libertad sexual*, La Ley, Pág. 1348, año 1996.

⁷⁸⁰ Nótese a este respecto que, según nuestra Jurisprudencia, la *conducta de violencia* ha ido ampliándose en el tiempo, admitiendo nuestro Tribunal Supremo (por todas, vid. SSTs de 11 de julio de 2007 y 17 de noviembre de 1997) la concurrencia, no solo de una *vis physica*, sino también la intimidación o *vis compulsiva* e incluso la fuerza en las cosas o *vis in rebus*.

⁷⁸¹ MARTÍNEZ ARRIETA, A. *Acoso sexual*, en *Delitos contra la libertad sexual*, op. cit., pág. 97, quien además alude a estadísticas laborales de organizaciones sindicales para justificar este delito vista la gravedad de la situación y la reiteración de conductas que justificarían una adecuada respuesta penal a nivel de tipicidad.

⁷⁸² Efectivamente, no podemos olvidar que de hecho el Estatuto de los Trabajadores contiene normativa en defensa de la dignidad de los trabajadores: art. 4.2 a) Derecho a la ocupación efectiva, cuyo incumplimiento viene a veces inexorablemente unido a la conducta de falta de respeto y consideración; art. 4.2 e) Respeto a la intimidad y a la consideración debida a su dignidad, que comprende la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual; art. 4.2.d) Derecho a la integridad física; art. 18 Respeto a la dignidad del trabajador en caso de registro de taquillas o efectos particulares; art. 20.3) Respeto a la dignidad en las medidas de control que establezca el empresario; art. 39.3) Respeto a la dignidad del trabajador en los casos de movilidad funcional. Y ante el incumplimiento de estos derechos sería de aplicación el Art.8.11 de la LISOS (Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social) que se refiere a “los actos del empresario que fueran contrarios al respeto a la dignidad de los trabajadores”. Y, adicionalmente, cabe añadir además que la Ley General de la Seguridad Social, establece en su art. 115 la presunción de laboralidad de toda lesión sufrida durante la jornada laboral

⁷⁸³ En este sentido, entiende MARTÍNEZ ARRIETA, A. *Acoso sexual*, en *Delitos contra la libertad sexual*, op. cit., pág. 99, que precisamente en virtud del principio de mínima intervención, el delito de

Ciertamente, y con independencia de dichas críticas, nos encontramos ante una conducta que atenta claramente contra la libertad sexual de la víctima, que se concreta en la coacción o amenaza de que es objeto por parte del sujeto activo para que se pliegue a su voluntad, bien con tal de no seguir soportando “la situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil y humillante” a que se encuentra sometida conforme al tipo básico del art. 184.1, o incluso con la finalidad de que no se materialice la amenaza de ser perjudicada en sus legítimas expectativas laborales, docentes o de otra índole a las que hace referencia el supuesto agravado del art. 184.2⁷⁸⁴.

No cabe duda por tanto de que, efectivamente, estamos ante una situación muy similar a la del abuso sexual de prevalimiento, en la que la libertad sexual ha sido previamente viciada a causa de los antedichos mecanismos de coacción o amenaza. Y es que, al igual que ocurre con las amenazas, la fase de formación de la voluntad es la que se conculca de manera preferente, a diferencia de lo que sucede con los otros supuestos de agresiones o abusos sexuales ya tratados, donde también puede conculcarse la libertad sexual, si bien ya en fase de ejecución⁷⁸⁵.

§ XV. 3. - *Análisis político-criminal: crítica a la ‘protección’ privatista que aún pervive*

(1).- Dada la entidad de los bienes jurídicos objeto de tutela a proteger por este tipo de delitos, no es posible admitir el sometimiento de su perseguibilidad a la mera voluntad de la persona agraviada. Las agresiones contra la libertad sexual, así como cualesquiera otros delitos contra la libertad en general, conllevan atentados de demasiada gravedad y repercusión social como para admitir ninguna restricción del *ius puniendi* para poder sancionarlos.

acoso laboral es mucho más restrictivo que los ilícitos de esa misma índole que acogen los ordenamientos administrativos y laboral, al exigir en todo caso la concurrencia de una “favor sexual, para sí o para un tercero...”.

⁷⁸⁴ CARMONA SALGADO, C. *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 269.

⁷⁸⁵ CARMONA SALGADO, C. *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 269.

De entre todos delitos estudiados hasta ahora, sin duda alguna es éste el que más gráficamente justifica la necesidad de la imposición de la pena, derivada precisamente de la enorme trascendencia de la agresión proferida, que impide cualquier limitación a la perseguibilidad sobre la supuesta base de ningún pretendido principio de oportunidad o mínima intervención, así como tampoco sobre la base de ninguna especial disponibilidad del bien jurídico protegido. Por otro lado, la naturaleza del bien jurídico protegido, la *libertad*, a pesar de su marcado carácter individual, tampoco admite ningún tipo de limitación en cuanto a la persecución de estos tipos penales. Antes al contrario, la relevancia pública del bien objeto de tutela, así como la incuestionable alarma social y los sensibles daños en la víctima que ello conlleva, impiden poder considerar a la citada libertad sexual, y la seguridad de la misma, como un delito sometido a ningún condicionamiento de carácter privativo. Nos encontramos ante una ofensa que indudablemente trasciende tanto la opinión de la propia víctima como la de su ámbito familiar, y que impone además un interés prioritario para la sociedad en su conjunto, debiendo tener el *ius puniendi*, a través de la normativa penal y aquellos otros mecanismos jurídicos y sociales que se estimen oportunos, la obligación de intervenir bajo cualquier tipo de circunstancia.

La exigencia de denuncia o querrela por parte de la víctima ha generado siempre cierta polémica en el ámbito de los delitos sexuales. De entrada, porque aun cuando el principal bien jurídico protegido reside en la libertad (sexual), resulta cuando menos extraño que el Estado pretenda desistir voluntariamente de sancionarlos cuando ninguno de los delitos del Título VI, también relativos a la libertad, está sometido a ningún otro tipo de requisito de perseguibilidad a pesar de sancionar supuestos menos graves, especialmente en casos como los de amenazas y coacciones. Si hasta para el caso de la falta de amenazas acaecidas en el ámbito de la violencia doméstica del art. 173.2, la redacción original del art. 620 fue modificada, primero por la LO 14/1999, de 9 de junio, y luego por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, no exigiéndose la denuncia del ofendido salvo en casos de injurias, indudablemente habida cuenta del rechazo social que experimentan este tipo de atentados, difícilmente podrá aceptarse la persecución exclusivamente privada de otros delitos cuya gravedad es incuestionable. Máxime, a la vista de que los supuestos más graves de los delitos sexuales que aquí nos ocupan, conllevan accesos carnales no consentidos mediando violencia o intimidación. Lo mismo podría decirse de los delitos de lesiones relacionados con la violencia doméstica

del art. 153, así como de tantos otros, como aquellos que atentan contra la integridad moral del Título VIII, que tampoco admiten la perseguibilidad privada en ninguna de sus modalidades, aun cuando en muchos casos prevén tratos degradantes o humillantes hacia la víctima similares a los que ahora nos ocupan.

No podemos olvidar tampoco el evidente riesgo que implica la restricción de la persecución de estos delitos, que al contemplar la impunidad de la conducta de no mediar denuncia o querrela, está abriendo la puerta a las presiones que puede sufrir la víctima, bien por el agresor, o incluso por su entorno familiar o social, buscando la impunidad de la conducta. Y ello, aun cuando es verdaderamente fácil encontrar opiniones doctrinales que afirman precisamente que, para evitar esas coacciones sobre la persona agraviada, el art. 191 niega la eficacia del perdón, de modo que una vez interpuesta la denuncia, carezca de sentido ejercer ningún tipo de influencia sobre el agraviado.

En efecto, el párrafo segundo del art. 191 establece que el perdón del ofendido o del representante legal, no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esta clase en los delitos que recoge el Título VIII. Semejante previsión entronca con la reforma de 1989 en la que se privó al perdón del ofendido de su eficacia en relación a determinados delitos contra la libertad sexual. Ello, en principio, tiene su razón de ser en la evitación de posibles chantajes que pueda sufrir la víctima una vez que ha denunciado⁷⁸⁶ y también para impedir que por este motivo se frustrara la persecución de delitos muy graves como la violación. La actual regulación viene a decir que la víctima decide, con las limitaciones que en este sentido supone el poder del Ministerio fiscal, el comienzo del procedimiento, pero no su fin⁷⁸⁷. No obstante, como ya hemos apuntado, la ineficacia del perdón puede resultar en muchos casos inoperante teniendo en cuenta que esa misma presión se puede ejercer para la no interposición de denuncia previa.

⁷⁸⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español. Parte Especial*, op. cit., pág. 228. En parecido sentido, Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. *Comentarios al Código penal*, op. cit., pág. 772. También DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*, op. cit., pág. 135 y 136, para quien la desproporción entre la pena del delito de violación, que equivalía a la de homicidio, era la causa de estas presiones contra la víctima, lo que provocó su exclusión en 1983, que se extendió al resto de los delitos con la reforma de 1989; dicho autor llama la atención además sobre la incongruencia que implica la inadmisibilidad de dicho perdón respecto de unos delitos que, sin embargo, son perseguibles a instancia de parte.

⁷⁸⁷ Vid. STS 240/2002, de 15 de febrero.

(2).- Las dudas generadas en cuanto a su justificación, tanto desde un punto de vista político-criminal, como desde el principio de oportunidad⁷⁸⁸, sin duda alguna han sido las que han obligado al legislador a replantearse la privacidad de estos delitos en el vigente Código penal, dotando al Ministerio Público y, por ende, al *ius puniendi*, de un mayor protagonismo⁷⁸⁹. Especialmente, habida cuenta del ya apuntado radical cambio de consideración en cuanto al bien jurídico protegido. Mientras fueron considerados meros atentados contra la honestidad, quizás pudiera hasta cierto punto apreciarse cierto paralelismo con los delitos de injurias y calumnias; sin embargo, ahora que son considerados directamente delitos contra la libertad, ese especial tratamiento no encuentra razón de ser⁷⁹⁰.

Así, tanto la gravedad de estos delitos, como la inconsistencia de los argumentos alegados por la doctrina, exigen dotar a los delitos contra la libertad sexual de una publicidad absoluta. No sólo admitiendo su perseguibilidad pública a instancias del Fiscal en función de las circunstancias concretas, sino en todo caso. En efecto, ni la gravedad, ni la naturaleza, ni las circunstancias, ni las características de la libertad sexual como bien objeto de tutela y las consecuencias de la infracción, ni la condena a imponer al infractor, así como tampoco la situación de la víctima justifican la posibilidad de que determinados atentados contra la libertad sexual puedan quedar impunes por falta de denuncia del agraviado.

⁷⁸⁸ TORRES DULCE INFANTE, E. *Comentarios al Código penal*, junto con otros autores, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 476.

⁷⁸⁹ Vid. GIMENO SENDRA, V. *La legitimación del Ministerio Fiscal en los procesos de amparo*, La Ley, 1999, Ref. D-126, Tomo 3, para quien, no obstante, algunas opiniones entienden, sin embargo, que la conversión del nuevo art. 191 en relación con el antiguo art. 443 del antiguo Código penal de 1973, atribuyendo naturaleza semipública a unos delitos que hasta entonces habían sido considerados públicos, radica en que la integración de estos tipos penales exige la negación del libre albedrío – en la violación del art. 178 y en el abuso sexual del art. 181 – o, al menos, la coacción – en el acoso sexual del art. 184 –. De tal modo que si la víctima manifiesta su decidida voluntad de no perseguir un hecho que no estima atentatorio a su libertad sexual, no hay delito (no en vano el rótulo del Título VIII reza “delitos contra la libertad sexual”) y, por tanto, ni puede nacer acción penal alguna – art. 100 LECrim. –, ni el Ministerio Fiscal se encuentra legitimado para su ejercicio – art. 105 LECrim. –.

⁷⁹⁰ Vid. FUENTES SORIANO, O. *La iniciación pública de los procesos por delitos sexuales* (p. 273), en *Derecho penal y discriminación de la mujer. Anuario de Derecho penal 1999-2000*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2001, pág. 273 y ss. La autora basa la desprivatización de los delitos contra la libertad sexual sobre la base de los siguientes argumentos: (a) dado que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, carece de sentido exigir la denuncia privada para preservar el honor de la víctima; (b) la supresión de tal requisito no es incompatible con la adopción de otro tipo de medidas tendientes a la protección de la víctima; (c) consta acreditado que, desde el punto de vista psicológico, el violador tiende a repetir su acción, que vendrá alentada ante los visos de impunidad de su conducta; y (d) la denuncia previa implica ciertos problemas de incongruencia con otros preceptos legales ante los cuales la paz social podría verse igualmente amenazada y para cuya protección basta tan sólo con la persecución de oficio.

(3).- Al igual que ocurriera con otros delitos ya estudiados, cuando hablamos de la perseguibilidad privada de algunos de los delitos contra la integridad e indemnidad sexuales, parece que aquí se intenta conciliar el marcado carácter personalista de los mismos – por afectar, antes al honor, y actualmente a la libertad, la intimidad o la dignidad antes referidas – con el interés general de persecución de las infracciones penales, para evitar que la víctima pueda verse doblemente afectada por la trascendencia del hecho delictivo⁷⁹¹. Estas exigencias de perseguibilidad deberán responder por tanto a que afectan de manera muy directa a la esfera íntima y personalísima de la víctima. Estamos, en definitiva, ante episodios de su sexualidad que necesariamente habrían de hacerse públicos en el seno de un procedimiento penal. Por ello, tradicionalmente, en aras del respeto del derecho a la intimidad, la persecución de estos delitos fue dejada en manos de la víctima de su representante legal y, hasta hace relativamente poco, a sus familiares.

El interés en preservar el ámbito de privacidad de la víctima está profundamente relacionado, por otro lado, con la elevada *cifra negra* de este tipo de delitos. Especialmente cuando las agresiones tienen lugar en el ámbito familiar, donde es posible llegar a temer por una reacción contraria del entorno en caso de denuncia de los hechos. También por la especial relación que en ocasiones puede llegar a unir al autor y a la propia víctima, y los sentimientos de culpa de esta última. O incluso por la ya citada vergüenza a exponer la propia intimidad a la luz pública, que puede dar lugar a temores adicionales como la reacción social ante los hechos acaecidos, a la que podríamos unir el miedo de la víctima a no ser creída por haberse cometido el delito en una esfera íntima, no pudiendo corroborarse por otras pruebas más allá de la propia declaración. Todo ello, unido a los evidentes miedos y angustias padecidos por determinadas

⁷⁹¹ Vid. GARCÍA-PABLOS, A. *Introducción al Derecho penal*, op. cit., pág. 58. Para dicho autor, este requisito de perseguibilidad implica poner en manos de la víctima la posibilidad de renunciar a la protección penal sin necesidad de justificación y para evitar males mayores como podría ser el sometimiento a un procedimiento público con los perjuicios y efectos colaterales que ello conlleva; en parecido sentido vid. también VIVES ANTON T. y otros autores, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 300 y MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 264.; también VELÁZQUEZ BARÓN, A. *Las agresiones sexuales*, Biblioteca de práctica procesal, Barcelona, 2001, pág. 45, para quien este requisito de perseguibilidad se fundamenta bajo el prisma del principio de oportunidad y, igual que los anteriores autores, en orden a preservar la intimidad de la víctima y de su familia. Así se ha pronunciado igualmente el Tribunal Supremo, v. gr., en su sentencia de 4 de octubre de 1990.

agresiones que pueden resultar especialmente traumáticas hacia la víctima⁷⁹², así como el perjuicio objetivo que sin duda alguna también causará hacerla pasar durante la investigación por diferentes interrogatorios, pruebas, exámenes forenses físicos y psicológicos o incluso posibles encuentros con el agresor, tanto en el momento de su identificación como en el acto del juicio oral. Por el contrario, el hecho de no perseguir el delito sobre la base de todos estos motivos tendrá implicaciones claramente negativas, que redundan en la imposibilidad de admitir su privacidad: nos referimos al inevitable riesgo de reiteración en la comisión de tales delitos por el agresor que logró ejecutarlos anteriormente con total impunidad sin haber llegado siquiera a iniciarse un procedimiento penal con motivo del delito cometido.

La pretendida justificación en este tipo de delitos es por tanto de tipo *victimológico*. Y desde esta perspectiva, la exigencia de denuncia pretende proteger a la víctima de la agresión, para evitar ocasionar aún más daño con la publicidad inherente al procedimiento penal. No obstante, el interés social en perseguir y castigar este tipo de ilícitos es evidente y tiene mayor peso que en cualquier otro delito sometido a condición de perseguibilidad de entre todos los aquí estudiados⁷⁹³. En efecto, la cuestión aquí es, como no podía ser de otro modo, la gravedad de la conducta a sancionar. Mientras hasta ahora hemos visto toda una diversidad de delitos cuya perseguibilidad a instancias de la víctima podría justificarse, en la medida de lo posible, además de por verse afectados de determinados derechos de corte individual y especialmente disponibles, por pretendidas razones de oportunidad tales como la escasa entidad de la lesión o por estar también regulados en otros ordenes como el civil o el administrativo, en esta ocasión nos encontramos con una situación verdaderamente excepcional. Y es que, a diferencia de todos los delitos ya estudiados, en los que la impunidad de una conducta podría aceptarse en la inteligencia de no verse afectados de forma relevante los intereses sociales, ahora dicho menoscabo es absolutamente inobjetable. No nos encontramos ante delitos menores como lo pueden ser los daños imprudentes o incluso las faltas, o ante otros especialmente disponibles también con escasa trascendencia jurídico-criminal como las injurias y calumnias, en los que el ofendido tiene en cualquier caso la opción de resarcirse en la vía civil, sino ante unas agresiones cuya gravedad lo acreditan las

⁷⁹² Vid. FERRERIO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*, op. cit., pág. 308 y ss.

⁷⁹³ Razón por la cual el perdón al ofendido carece de eficacia después de denunciado el hecho a los efectos de parar o evitar el procedimiento penal. Vid. MORAL GARCÍA, A. *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, op. cit., pág. 69.

penas de prisión que pueden llegar hasta los diez o doce años – para los casos más graves de agresiones y abusos sexuales de los arts. 179 y 182, respectivamente –. Delitos que, además, y salvo la excepción del acoso sexual en el ámbito laboral, no tienen encaje en ninguna otra jurisdicción distinta a la penal.

(4).- Sin duda alguna, esa trascendencia y repercusión social, unida a la evolución de la mentalidad de la gente, fueron algunas de las principales razones que obligaron a rechazar paulatinamente la absoluta dependencia de los intereses particulares en estos delitos en el vigente Código penal. De ahí también la limitación del tradicional individualismo de estos ilícitos, con el consecuente incremento de las posibilidades de actuación del Ministerio Público, aunque obligando a que el mismo pondere los intereses legítimos presentes, cuando se trata de adultos capaces⁷⁹⁴.

Tal circunstancia hace, por otro lado, necesaria la búsqueda de otros medios de protección de la víctima que en modo alguno puedan llegar a entorpecer, ni mucho menos impedir la apertura del procedimiento penal. Un claro ejemplo de ello es la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual tendente a, como afirma su Exposición de Motivos, evitar los dolorosos episodios violentos a los que puede estar sometido la víctima como consecuencia de “la falta de apoyo psicológico, la misma intervención en el proceso, las presiones que se ve sometida, la necesidad de revivir el delito a través del juicio oral, los riesgos que genera su participación en el mismo, etc.”. Entre otras medidas, el art. 16 de dicha ley establece que “el Ministerio del Interior procederá, de conformidad con las previsiones presupuestarias, a la implantación de Oficinas de asistencia a las víctimas en todas aquellas sedes de Juzgados y Tribunales o en todas aquellas Fiscalías en las que las necesidades lo exijan” – art. 16.1 –, que podrán ser gestionadas “con las Comunidades Autónomas y con las Corporaciones locales” – art. 16.2 –.

Medias como ésta son la contestación que ha de darse a ofensas de tal magnitud como lo son los atentados contra la libertad sexual: lejos de limitar la intervención del *ius puniendi* en estos delitos, la gravedad de estas infracciones reclama aumentar la

⁷⁹⁴ Vid. LAMARCA PEREZ, C. *El sistema de protección de la libertad e indemnidad sexual*, op. cit., quien se muestra a favor de dicha reforma, por implicar, por primera vez, la posibilidad de que el Ministerio Público, y no sólo la víctima, pueda iniciar la persecución de estos delitos.

presencia y la participación del Estado, tanto para perseguir y sancionar los delitos contra la libertad sexual, como para restaurar los efectos y paliar los perjuicios ocasionados. Todo ello, en consonancia con los diversos Convenios y Recomendaciones internacionales aprobados al respecto, tales como la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1985; el Convenio 116, del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos; la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y el proceso penal; la recomendación nº R (87) 21 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 17 de septiembre de 1987, sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimización; o la Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que, de entrada en su art. 13.1, establece que “los Estados miembros fomentarán, en el contexto de las actuaciones, la intervención de servicios de apoyo a la víctima que organicen la acogida inicial de ésta y le presten apoyo y asistencia posteriormente, ya sea mediante personal especialmente preparado de los servicios públicos nacionales, ya sea mediante el reconocimiento y la financiación de organizaciones.”

Así es, leyes como la citada resultan extremadamente útiles, no sólo en orden a dar apoyos económicos a las víctimas de, entre otros, delitos contra la libertad sexual – arts. 1 y ss. –, sino también para “asegurar el respeto de la situación personal de la víctima, a sus derechos y a su dignidad” en el momento del interrogatorio, así como “evitar publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada y dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto en la legislación procesal” – art. 15 –.

Efectivamente, tales esfuerzos podrán resultar todavía insuficientes, pues pese a que en gran medida los derechos que consagra el antedicho estatuto europeo aparecen recogidos a grandes rasgos en nuestras leyes, lo es siempre a través de normas dispersas y fragmentarias dirigidas básicamente a la protección de delitos violentos y de especial gravedad como la reiterada L 35/1995, a la que podríamos añadir otras como, en materia de terrorismo, la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas del terrorismo, modificada por la siguiente la Ley 2/2003, de 12 de marzo; en materia de

asistencia, la L 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica; también en materia de asistencia, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral a las víctimas de violencia sobre la mujer; la LO 19/1994, de 23 de diciembre, sobre protección de testigos y peritos en causas criminales; la LO 8/2006, de 4 de diciembre, que entre otras cosas modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal para proteger a testigos menores ante las declaraciones que tengan que efectuar en juicio, ante posibles careos, o incluso por los daños psicológicos que pudieran derivarse de este tipo de actuaciones procesales. Y entre todas las anteriores, necesariamente deberemos incluir además las propias de nuestra legislación procesal, estableciendo al respecto el art. 13 LECrim. la posibilidad de adoptar toda una amplia gama de medidas cautelares – reguladas en los arts. 544 bis y ter, y que irían, desde la prohibición de residencia o aproximación a determinados lugares, a otro tipo de medidas más especificadas dirigidas a proteger a la víctima, v. gr., de posibles confrontaciones con su agresor –⁷⁹⁵.

Qué duda cabe, que todas las anteriores suponen todo un elenco de normas verdaderamente dispersas, dirigidas en su mayoría para situaciones y colectivos muy específicos dada su especial vulnerabilidad. No obstante, y con independencia de que obviamente serían deseables mayores esfuerzos encaminados a la aprobación de un estatuto de protección integral de la víctima integral la que nos están empujando los también citados acuerdos y recomendaciones internacionales, todas ellas suponen claros ejemplos de medidas que paulatinamente vienen mejorando la protección a las víctimas de las repercusiones negativas que, inevitablemente, siempre conllevará el procedimiento penal.

Y así viene siendo comúnmente aceptado por nuestra jurisprudencia, que ante el riesgo de que el acto procesal pueda afectar a la intimidad, dignidad e incluso al libre desarrollo de la personalidad de la víctima, especialmente en procesos con víctimas menores de edad, relativos a delitos contra la integridad moral, trata de seres humanos o libertad e indemnidad sexuales, no ha dudado en acudir al art. 680 LECrim. para

⁷⁹⁵ Adicionalmente, la LECrim. contempla otro tipo de posibles medidas, como las previstas en los arts. 325 y 731 bis – a raíz de la reforma de la LO 13/2003, de 24 de octubre –, que admiten los testimonios no presenciales a través de medios como la videoconferencia siempre y cuando “razones de utilidad, seguridad u orden público, así como en aquellos casos en que la comparecencia de la persona que ha de intervenir...resulte particularmente gravosa o perjudicial”.

acordar la celebración de juicios a puerta cerrada⁷⁹⁶. Así, es de destacar la STC 57/2004, de 19 de abril, que establece los siguientes criterios de modulación sobre la publicidad del procedimiento penal cuando se vean afectados los siguientes: (a) derecho a la propia imagen de los intervinientes; (b) derechos al honor y a la intimidad personal y familiar; (c) derecho a la vida y a la integridad física en determinados casos; (d) facilitar el correcto y ordenado desarrollo del juicio, evitando que se produzcan efectos intimidatorios sobre procesados, sus defensores y testigo; (e) riesgo de juicios paralelos. Obviamente, la limitación de la publicidad será siempre excepcional y corresponderá al juzgador la previa labor de ponderación de los intereses en conflicto a fin de que, sin limitación alguna del derecho de defensa, la víctima – o el testigo, en su caso – sufra el menor menoscabo posible en sus derechos e intereses. Ahora bien, son sin duda alguna medidas eficaces para mitigar en la medida de lo posible los perjuicios que se pretenden evitar con la perseguibilidad privada de este tipo de ilícitos.

(5).- Por desgracia, vista la actual redacción del art. 191 y a pesar lo expuesto hasta ahora, la intervención *pública* del Ministerio Público no puede entenderse como absoluta y en cualquier supuesto, sino únicamente en casos que justifiquen la interposición de la querella, como v. gr. cuando la impotencia y el miedo de la víctima justifique verdaderamente la intervención de la Fiscalía (v. gr., en casos de vejaciones sexuales generalizadas en instituciones cerradas, de acosos sexuales extendidos en una empresa, etc.). Será necesario, por tanto, que el Ministerio Fiscal tenga en consideración en el caso concreto la voluntad de la víctima de preservar su intimidad frente a la imposición que emana del principio de legalidad proclamado en el art. 214 CE⁷⁹⁷.

No obstante, esta confusa redacción que presenta el art. 191, permite dos lecturas claramente opuestas: una primera, de atribución escalonada, conforme a la cual para la persecución de estos delitos sería necesaria la denuncia de la persona agraviada o su

⁷⁹⁶ Así, vid. STS 1646/1994, de 16 de septiembre: “(...) *los derechos de la víctima, el respeto debido a su honor y honra, a su dignidad, a la privacidad de la vida, cuando se trata de ciertos delitos, como el de violación, pueden hacer aconsejable que el proceso en su fase de plenario se celebre a puerta cerrada*”. En este mismo sentido, vid. también la Directiva de 25 de octubre de 2012 de la Unión Europea, que en su art. 21.2 afirma: “*Respetando la libertad de expresión y la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo, los Estados miembros instarán a dichos medios a aplicar medidas de autorregulación con el fin de proteger la intimidad, la integridad personal y los datos personales de las víctimas*”.

⁷⁹⁷ Vid. CARMONA SALGADO, C. *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 305 y 306. Esta obligación legal que fue calificada por la FGE (Informe al Anteproyecto de la LO 11/1999) de “confusa y ambivalente técnica legislativa”, contraria, incluso, a dicho principio constitucional, al desviar a tal Institución la facultad de apertura del proceso penal.

representante legal, en primer lugar, o del Ministerio Público en su defecto, de manera que si el primero renuncia a denunciar, por sí mismo o a través de su representante, el Fiscal podría hacerlo en su lugar; y una segunda, de atribución alternativa, conforme a la cual el Ministerio Fiscal estaría legitimado para querellarse con independencia de la decisión adoptada por la víctima o su representante, estando obligado únicamente a ponderar los intereses en presencia⁷⁹⁸. Si bien ambas interpretaciones han dado lugar posiciones doctrinales discrepantes⁷⁹⁹, en nuestra opinión no cabe duda que nos encontramos ante una participación alternativa del Ministerio Fiscal en la defensa de este tipo de agresiones, pues aun cuando obviamente deberá tener en cuenta la voluntad de la víctima a no denunciar en esa ponderación de legítimos intereses en presencia⁸⁰⁰, ésta no tendrá por qué ser necesariamente decisiva en la iniciación del procedimiento.

De lo contrario la reforma introducida con el art. 191 carecería de sentido, pues de exigirse aún el consentimiento (o la previa denuncia) de la víctima en todo caso, la interposición de querella por parte del Ministerio Público sería una mera redundancia. Tampoco hacer ningún tipo de distinción entre presentación de denuncia o querella, o incluso, de exigir la ponderación de los intereses en presencia. Si aun para la iniciación del procedimiento penal a instancias de la Fiscalía fuese necesaria la aquiescencia de la víctima, dicha valoración de conveniencia carecería de sentido, una vez constatado que ha sido ésta misma quien ha mostrado la voluntad de perseguir el delito.

⁷⁹⁸ Art. 443 CP 1973: “Para proceder por los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y rapto bastará denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden, o del Ministerio Fiscal cuando se tratare de menores o incapaces.

En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal o guardador de hecho no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase.”

⁷⁹⁹ Vid. CANCIO MELIA, M. *Delitos contra la libertad sexual en Comentarios al Código penal* (Dir. RODRÍGUEZ MOURULLO, G. Coord. JORGE BARREIRO, A.) Ed. Cívitas, Madrid, 1997, pág. 549, que se decanta por la opción alternativa entendiendo además que el interés al que hace referencia el art. 191 no tiene por qué ser únicamente el de la víctima, pudiendo concurrir además un interés público en la iniciación del procedimiento al margen del primero; en parecido sentido, también FUENTES SORIANO, O. *La iniciación pública de los procesos por delitos sexuales*, op. cit., pág. 273. En contra, QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español. Parte Especial*, op. cit., pág. 181 y 228, para quien la redacción de este precepto es defectuosa al no aclarar si dicho representante puede actuar en contra de la voluntad del ofendido, si bien, tratándose de mayores de edad, lo más razonable es que no sea así. Vid. también LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M. *El Código penal de 1995 y la voluntad del Legislador. Comentario al texto y debate parlamentario*, Eurojuris, Madrid, 1996, pág. 113, que señalan que el origen de esta regulación reside en una enmienda no defendida por el Grupo Vasco, que abogaba por la supresión de la exigencia de denuncia: “El Grupo socialista defendió la exigencia de denuncia en base a la defensa de la intimidad de la víctima, lo que motivó una enmienda transaccional del Sr. López Garrido en el sentido de la ponderación de los intereses en presencia, que fue aprobada. En el senado se planteó la posibilidad de referirse sólo a los intereses de la víctima, prevaleciendo finalmente la introducción del término *legítimos* referido a los intereses a ponderar.”

⁸⁰⁰ MARCOS AYJÓN, M. *La legitimación para la interposición de la denuncia en los nuevos delitos semipúblicos*, op. cit., pág. 608.

Desde esta perspectiva, el Ministerio Público podrá provocar el inicio del procedimiento penal pese a la pasividad de la víctima, si bien no basta la mera interposición de denuncia, sino de querrela previa ponderación de los intereses afectados, lo que implica la posibilidad de actuar siempre y cuando la víctima mayor de edad no sufriera con el proceso un daño moral igual o más grave que el producido por el hecho delictivo, como consecuencia de la comparecencia de ésta en el procedimiento; o bien cuando el interés público prime sobre el del agraviado, como sucedería en el supuesto de reincidencia o delincuencia habitual⁸⁰¹. Para ello, será necesario, no sólo que toda denuncia interpuesta por la víctima sea puesta de manifiesto al Ministerio Público, sino incluso de la propia *notitia criminis* – junto con un parte medio de urgencias, aquellos informes o comunicaciones de cualesquiera oficinas de asistencia hubiera podido tener ocasión de contactar con la víctima, etc. – a fin de que pueda valorar desde el principio la conveniencia de presentación de que la correspondiente querrela. Es ésta, por tanto, una manifestación del principio de legalidad traducido en la legitimación del Fiscal para solicitar la apertura del procedimiento penal *ab initio*, con independencia de la voluntad de la persona agraviada por el delito.

A mayor abundamiento, la participación activa del Fiscal desde el mismo instante de la investigación podrá ayudar a minimizar en la medida de lo posible sus efectos perniciosos y traumáticos al no obligar a la propia víctima a someterse varias veces a diligencias tales como la declaración, reconocimiento del agresor, etc.⁸⁰².

La ponderación de intereses, según ha sido entendido por la doctrina, lo será en relación con dos valores, por un lado la intimidad de la víctima y por otro el principio de legalidad que exige la reacción frente a los ataques contra la libertad sexual⁸⁰³. Únicamente cuando la víctima es menor de edad, incapaz o desvalida, el Ministerio

⁸⁰¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *La represión de la agresión, abuso y acoso sexual tras la reforma de 1999*, Actualidad Penal, nº 42, del 15 al 21 de noviembre de 1999.

⁸⁰² Vid. FUENTES SORIANO, O. *La iniciación pública de los procesos por delitos sexuales* (p. 273), op. cit., para quien la intervención del Ministerio Fiscal, especialmente en la apertura de diligencias informativas plantea algunos problemas y limitaciones, como la posibilidad de exigir a la víctima la identidad del agresor. Adicionalmente, es necesaria la adopción de medidas, de carácter pre-procesal, que incidan las comunicaciones y relaciones entre éste, la policía y todas las asociaciones y facultativos que participen en la asistencia de la víctima en este tipo de delitos: “Sólo mediante el adecuado fomento de esta intercomunicación podrá alcanzarse con éxito el objetivo que inspiró la redacción del art. 191.1 CP”.

⁸⁰³ CARMONA SALGADO, C. *Derecho penal español. Parte especial* (Coord. COBO DEL ROSAL, M.) Dykinson, Madrid, 2005, pág. 325.

Público podrá actuar de oficio si el delito cometido es constitutivo de agresión, abuso o acoso sexual, y esta vez sin necesidad de hacer ponderación de los intereses que puedan concurrir.

(6).- Como vemos, el problema que se plantea aquí, como no podía ser otro modo, es consecuencia de la propia indefinición del término, que lamentablemente no llega a concretar los supuestos concretos en lo que será necesaria esa interposición de querella. Obviamente, en casos de reincidencia, de especial lesividad y alarma social, las propias circunstancias que rodean al delito justifiquen por sí mismas la intervención del *ius puniendi*. Sin embargo, hubiera sido deseable la especificación de las circunstancias concretas que aconsejan la presentación de esa querella⁸⁰⁴.

Es desde esta perspectiva, una de las escasas expresiones del principio de oportunidad en el ámbito penal del Código⁸⁰⁵. No obstante, y en consonancia con lo dicho hasta ahora, habida cuenta de la gravedad del delito en cuestión, tal principio debería de carecer de operatividad en estas agresiones. Es por ello que, si bien no podemos sino aplaudir la inclusión de tal excepción en el art. 191, por su poner un claro avance en orden a esa necesaria *desprivatización* de estos delitos, el mismo es todavía insuficiente e incompatible con las bases sobre las que originariamente se sustentaba dicho principio de oportunidad.

Junto a lo anterior, es de celebrar igualmente la tradicional laxitud mostrada por nuestra jurisprudencia en la interpretación de este requisito de perseguibilidad, que sin duda alguna aumenta las posibilidades de perseguir este tipo de delitos en el ámbito penal. En este sentido, podemos destacar entre otras muchas las sentencias de nuestro Tribunal Supremo, que no requieren de la presentación de dicha denuncia ante el Juez y por escrito, siendo suficiente a efectos de dar por satisfecha el cumplimiento de tal requisito

⁸⁰⁴ Vid. ESCOBAR JIMÉNEZ R./DEL MORAL GARCÍA, A. *La violación: ¿delito público o semipúblico? (sobre la conveniencia de configurar la violación como delito perseguible de oficio)*, Actualidad Penal, n° 33, Madrid, septiembre 1993, págs. 493 a 505, que defienden que la iniciación de estos procedimientos a instancia del Ministerio Fiscal encontraría justificación cuando: (a) la agresión sexual se cometiera conjuntamente con otro delito perseguible de oficio; (b) el hecho haya trascendido la opinión pública; y (c) se demuestre especial peligrosidad de sus autores.

⁸⁰⁵ GÓMEZ TOMILLO, M. *Comentarios al Código penal*, op. cit., pág. 772.

el acto de personación como parte en el proceso o la comparecencia en juicio colaborando en la investigación judicial⁸⁰⁶.

Consecuentemente, el panorama ahora es bien distinto en relación con el de los Códigos penales precedentes, pues con la nueva regulación los delitos de agresión, abuso y acoso sexuales han pasado de ostentar una condición de privacidad sólo compartida por los delitos de injurias y calumnias, a tener el mayor componente de publicidad entre todos los delitos sometidos a algún tipo de requisito de procedibilidad. De tal forma que, cuando la víctima es mayor de edad, la persecución de estas agresiones requiere la denuncia de la misma, pero el Ministerio Fiscal, ponderando los intereses legítimos que concurran en el caso concreto, podrá formular querrela para que se persiga el delito del que ha sido sujeto pasivo un adulto capaz renuente a ejercitar acciones legales.

(7).- En último lugar, simplemente señalar que, en parecido sentido a lo que acontece con otros delitos objeto del presente trabajo, los problemas concursales que pueden suscitarse en relación con los delitos contra la libertad sexual desaconsejan igualmente su perseguibilidad privada.

Sin duda alguna, el caso más claro lo encontramos en el delito de acoso sexual en relación con los de amenazas y coacciones. El proyecto inicial, y a sugerencia del Consejo General de Poder Judicial, previno un cuarto párrafo destinado a solucionar los problemas concursales que esta figura delictiva planteaba con relación, particularmente, al delito de amenazas condicionales del art. 171, utilizando la fórmula del “sin perjuicio” señalaba que en el caso de concurrencia se impondría la pena del delito que contuviera una mayor penalidad. Sin embargo, en su redacción definitiva desapareció esa precisión normativa y los problemas subsisten⁸⁰⁷. Como ya ocurriera con otros delitos ya estudiados, el problema radicaría en que, no siendo estos últimos delitos perseguibles de forma privada, llegado el caso el requisito de perseguibilidad podría perder virtualidad al obligarse a perseguir el delito hasta la propia sentencia, momento en el cual el Juez debería optar por sancionar en uno u otro sentido.

⁸⁰⁶ Vid., por todas, SSTs de 15 de noviembre de 1993, 25 de octubre de 1994, 14 de febrero de 1995 y 20 de noviembre de 2000.

⁸⁰⁷ MARTÍNEZ ARRIETA, A. *Acoso sexual*, en *Delitos contra la libertad sexual*, op. cit., pág. 109.

Por otro lado, respecto del delito de amenazas del art. 171 se plantea el problema de determinación del tipo aplicable, existiendo al respecto opiniones contrapuestas en nuestra doctrina. El principio de especialidad inclina la balanza por la aplicación del acoso sexual, toda vez que este tipo presenta un elemento especial respecto a las amenazas condicionales, la relación laboral, docente o jerárquica o de servicios, habitual o continuada⁸⁰⁸. Ahora bien, la mayor penalidad del delito de amenazas por aplicación del principio de alternatividad hace que este delito tenga preferencia al de acoso sexual.

Precisamente, estos problemas concursales son los que han motivado más críticas en cuanto a la creación del tipo de acoso sexual, en la inteligencia de que era claramente innecesario toda vez que la conducta que se pretendía regular ya se recogía íntegramente, y sancionado además con mayor pena, en el delito de amenazas condicionales de un mal no constitutivo de delito del art. 171 CP⁸⁰⁹. Críticas éstas en las que se ha llegado a denunciar, incluso, un posible olvido del legislador de los principios de intervención mínima y *ultima ratio*, al tratarse por otro lado de un ilícito que ya se encontraba protegido por la legislación laboral⁸¹⁰.

Y lo mismo podríamos decir de otros tantos, como sucede con el delito de solicitación sexual por autoridad o funcionario público, también previsto en los arts. 443 y ss. Efectivamente en algunos tipos penales se ha excluido la exigencia de denuncia de agraviado cuando éste es cometido por funcionario. Sin embargo, aquí no parece tener demasiado tener en cuenta tal circunstancia si efectivamente la razón de ser es que la víctima no se vea obligada a pasar de nuevo por ese trance, o evitar la publicidad inherente al procedimiento penal, pues dicho conflicto acontece tanto si el sujeto activo fue una persona con un trabajo público o particular.

§ XV. 4. - Conclusiones

⁸⁰⁸ MARTÍNEZ ARRIETA, A. *Acoso sexual*, en *Delitos contra la libertad sexual*, op. cit., pág. 109.

⁸⁰⁹ CARMONA SALGADO, C. *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 221.

⁸¹⁰ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*, op. cit., pág. 124.

(1).- Los delitos sexuales han sido objeto de múltiples modificaciones y actualizaciones a lo largo de los años, sin duda alguna, debido a un evidente ánimo de nuestro legislador de adaptarse a la mentalidad y costumbres sociales de cada momento. Tales cambios han tenido lugar en todos los ámbitos, desde su propia rúbrica, a las conductas concretas que se pretendía sancionar y, obviamente, a los requisitos de perseguibilidad exigidos para su punición.

De hecho, por lo que respecta a la perseguibilidad de los delitos contra libertad e indemnidad sexual, el Código penal de 1995 supuso, en cierto modo, una ruptura con el modelo establecido hasta entonces. Mientras tradicionalmente estos ilícitos han sufrido enormes restricciones que iban incluso más allá de la voluntad de la propia víctima – exigiendo, v. gr., la denuncia del propio cónyuge sin tener en cuenta la opinión de aquella –, desde el año 1995 son los que gozan del mayor componente de publicidad entre todos los sometidos a algún tipo de condición de privacidad. Hasta tal punto es así que, en virtud de lo dispuesto en el art. 191, el Ministerio Público tiene autonomía para perseguir unilateralmente estas tres concretas figuras, pasando así de tener consideración de *semipública* a *pública*, con la mera interposición de querella tras la ponderación de los “legítimos intereses en presencia”.

(2).- Hasta el año 1989, el bien jurídico protegido residía en la *honestidad* de la propia víctima, momento en el cual fue sustituido por la *libertad sexual*, interpretada como libertad de elección o la facultad de decidir acerca de una determinada opción sexual. Tal circunstancia resulta de una importancia capital en lo que a su perseguibilidad se refiere, pues si bien pudo ser la que en su día justificó este especial tratamiento, el hecho de encontrarnos ante la protección de un bien de tanta trascendencia como la libertad, impide que la persecución y sanción de estas conductas pueda quedar en manos únicamente de la víctima del delito.

(3).- Dada la entidad de los bienes jurídicos objeto de tutela en este tipo de delitos, no es posible admitir la limitación de la perseguibilidad a la mera voluntad de la persona agraviada. Las agresiones contra la libertad sexual, así como cualesquiera otros delitos contra la libertad en general, conllevan atentados de demasiada gravedad y repercusión social como para admitir la renuncia del *ius puniendi* a perseguirlos bajo ningún tipo de circunstancia.

Al igual que ocurriera con otros delitos ya estudiados, la perseguibilidad privada de algunos de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales parece sustentarse en el marcado carácter personalista del bien jurídico protegido, la evitación de que la víctima se vea afectada por la trascendencia de la agresión, los evidentes miedos y angustias padecidos, el perjuicio objetivo que sin duda causará hacer pasarla durante la investigación e incluso en los posibles encuentros con el sujeto activo. Nos encontramos así ante justificaciones de tipo vitimológico.

Sin embargo, la trascendencia y repercusión social impiden restringir en modo alguno la perseguibilidad de este tipo de delitos, razón por la cual se hace necesaria la búsqueda de otros medios de protección de la víctima que en modo alguno puedan llegar a entorpecer, ni desde luego, impedir la apertura del procedimiento penal. Un claro ejemplo de ello serían leyes como la L 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, tendente precisamente a evitar este tipo de dolorosos episodios durante la tramitación del procedimiento penal.

CUARTA PARTE
Alternativa a la perseguibilidad privada

CAPÍTULO XVI. - TERCERA VÍA: JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN

§ XVI. 1. - Justicia restaurativa y mediación penal: participación privada en la terminación anticipada del proceso penal

(1).- Todo lo expuesto hasta ahora no implica en modo alguno nuestro absoluto rechazo, ni a la participación de la víctima en el proceso penal, ni mucho menos a obviar su opinión o su interés particular en el devenir del mismo. Ocurre empero, que pretender sustentar dicha participación privada a espaldas del *ius puniendi* hasta el punto de someter el interés común al particular cuando el fundamento último de un Derecho penal es de vocación eminente pública, supone un cierto contrasentido. Tal circunstancia obliga a explorar otras vías en las que, efectivamente sea tomado en consideración el parecer del sujeto pasivo del delito, pero sin dejar del lado al propio Estado. Hablamos por tanto, no de alternativas, sino de medidas complementarias de la justicia penal respetuosas de todos los principios que ésta pretende proteger, tanto del delincuente como de la víctima.

Convenimos también en la necesidad de buscar fórmulas que coadyuven a mejorar nuestro sistema penal. Las continuas reformas a las que es sometido tan frecuentemente el Código penal, tienen en no pocas ocasiones por objeto la incorporación de nuevos tipos delictivos, por lo general de menor entidad. Es una de las razones por la que en muchas ocasiones podemos llegar a pensar que éste carece de operatividad y eficacia real para resolver determinados conflictos. Especialmente aquellos que, por atentar contra intereses de menor trascendencia y alejados de los valores del denominado Derecho penal nuclear – como el derecho a la vida, a la integridad, o a la libertad –, casan mal con el rigorismo coercitivo y punitivo vinculado tradicionalmente al proceso criminal. Y ello, como decimos, como resultado además de la existencia de un Derecho

penal inflacionista, al que el legislador paulatinamente va sumando conductas más propias de otras ramas jurisdiccionales.

Tampoco podemos obviar una creciente litigiosidad penal entre los particulares, probablemente en la confianza de que por esta vía será más fácil la obtención de una respuesta acorde a sus intereses. Los factores explicativos de algunas de las carencias del sistema penal no terminan ahí, en la utilización desmesurada de la vía penal, sino incluso en las consecuencias destructivas para los agresores que pueden llegar a suponer las penas contempladas por el Código penal. Las víctimas del delito tampoco salen bien paradas tras el proceso penal. De hecho, algunas de las críticas al sistema penal, tal y como lo concebimos en la actualidad, las dirigen algunos de los más reputados juristas a la tardía sensibilidad mostrada por los intereses de aquéllas⁸¹¹.

Aun cuando la función protectora y preventiva del sistema penal no admite objeciones, lo cierto es que análisis críticos como los aquí expuestos nos obligan buscar soluciones y alternativas. En España, pese a que los cauces de participación ciudadana y de la víctima con los que contamos actualmente resultan desconocidos en otros sistemas de nuestro entorno ofrecidos por nuestro legislador, como las ya comentadas acusaciones particular y popular, las posibilidades de aumentar las formas de expresión y satisfacción de la víctima son aún muchas y, como veremos, de enorme utilidad.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé, de hecho, algunos mecanismos para dar entrada a la víctima en el proceso, como el art. 109, que reconoce el derecho que le asiste “para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible”. También la institución de la conformidad ofrece participar a la víctima en el proceso, a

⁸¹¹ Uno de los autores tradicionalmente más críticos es CHRISTIE, N. *Conflict as property*, The British Journal of Criminology, Vol. 17, 1977: “(...) la víctima en un caso penal, es una especie de perdedor por partida doble, primero frente al infractor y después frente al Estado. Está excluido de cualquier participación en su propio conflicto, el estado le roba su conflicto. Todo ello es llevado a cabo por profesionales quienes a causa de su instrucción son incapaces de dejar que las partes decidan lo que crean conveniente.” Vid. también ROXIN, C., *La reparación en el sistema de los fines de la penal*, en *De los delitos y de las víctimas* (comp. MAIER, J. B. J.), Ad-hoc, Buenos Aires, 1992, pág. 140, quien igualmente denuncia la desprotección de la víctima en el sistema penal: “nuestra justicia penal es, sobre todo, un sistema para hacer fracasar los intereses de la víctima, aunque sería racional, desde el punto de vista político social, comenzar, en el intento de una solución del conflicto social emergente del hecho punible, por colocar a la víctima en situación de indemnidad y, recién después, ver si existe algo más que disponer”. Este autor tuvo, además, un papel destacado en el movimiento restaurativo y reparador del Proyecto Alternativo de Reparación alemán de 1992.

través de su abogado, si bien por lo general sin necesidad de haberla escuchado previamente⁸¹². Sin embargo, las carencias de nuestro sistema vindicativo son evidentes, entre otras cosas, porque aun cuando supuestamente las víctimas están representadas fundamentalmente por el Estado a través del Ministerio Público, por lo general éste no tiene contacto con los ofendidos por el delito hasta el momento del juicio, ni siquiera a través de entrevistas o a través de la acusación particular – a menos que la iniciativa parta de esta última –. Y si el contacto y la coordinación son nulas, difícilmente podremos pensar que existe una adecuada representación y protección de la víctima, no ya para que ésta pueda obtener un justo resarcimiento, sino también para mitigar esos posibles miedos o consecuencias negativas del proceso a los que tantas veces hemos aludido y, en definitiva, para devolverle ese protagonismo que desde hace décadas viene reclamando la doctrina⁸¹³.

(2).- Es indudable que la imposición de requisitos como los de perseguibilidad aquí estudiados tienen una clara vocación de luchar contra esta problemática, otorgando a la víctima un mayor protagonismo, especialmente en algunos delitos que afectan más directamente a su esfera íntima, y en la medida de lo posible, restringiendo el acceso a la jurisdicción penal de determinados conflictos que, por lo general, igualmente se encuentran sancionados por otras ramas del Derecho. El Derecho penal privado está, por tanto, estrechamente relacionado con la comúnmente denominada por nuestra doctrina *victimización secundaria* del sujeto pasivo del delito, que tras verse perjudicado por el delito infringido por su agresor, se ve obligado después a sufrir la experiencia dolorosa del procedimiento penal.

Así las cosas, una vez acreditada la inviabilidad de los requisitos de perseguibilidad, estamos obligados a explorar otras formas de participación de la víctima en el proceso

⁸¹² Vid. RÍOS MARTÍN, J. C. *Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia*, disponible desde Internet en: www.poderjudicial.es, (consultado el 8 de junio de 2013), pág. 8 y 9, para quien, no obstante, en la conformidad la participación de la víctima sería insuficiente en la medida en que, entre otras “(s)e deja fuera a la víctima, que ni entra en la sala de vistas ni, en general, se le informa, salvo que su representación sea sostenida por un abogado que ejerza la acusación particular; de lo contrario, el Fiscal que sostiene el interés público y, en cierta manera el de la víctima, no mantiene ningún tipo de comunicación con ésta. En no pocas ocasiones, a una larga espera en los pasillos del Juzgado, en cuyas sedes no existen habitáculos dedicados expresamente a las estancia de las víctimas a fin de que no se encuentren con los presuntos agresores enfrente o sentados a su lado, se une la información dada por el agente judicial en los siguientes términos: ‘se puede marchar porque las partes se han conformado’”.

⁸¹³ RÍOS MARTÍN, J. C. *Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia*, op. cit., pág. 15.

penal, así como del reconocimiento expreso de su opinión o su interés particular en el devenir del mismo.

(3).- La aplicación de un modelo de justicia retributiva alternativa – *restorative justice*⁸¹⁴ –, conforme a principios razonables de política criminal como mejor vía de reparación de derechos violados de las víctimas, junto con la rápida resocialización o rehabilitación del delincuente⁸¹⁵, es un complemento a tener en cuenta en el proceso penal. Dentro de ella, la mediación, como resorte propio a disposición de la sociedad para la gestión de conflictos sobre el principio de intervención mínima sería una solución preferible a los requisitos de perseguibilidad privados para luchar contra la incuestionable multiplicidad de tipos penales y aumento cuantitativo de las penas.

La denominada *justicia restaurativa* nació en la década de los setenta del siglo pasado, precisamente como consecuencia de las insatisfacciones producidas por el sistema penal, incapaz de aportar soluciones satisfactorias de muchos de los delitos⁸¹⁶. Como no podía ser de otro modo, encuentra su fundamento en los estudios propios de la ciencia de la victimología, centrando su atención tanto en los intereses y derechos de la propia víctima, como en determinados fines del Derecho penal que, como sucede con la reinserción y resocialización – art. 25 CE –, en ocasiones, resulta difícil alcanzar mediante la imposición de medidas excesivamente severas y coercitivas.

La utilidad de dicha medida reside en que, a diferencia del proceso penal, en la mediación⁸¹⁷ partimos del reconocimiento voluntario de la comisión por parte de víctima e infractor, en cuya resolución ambas partes van a tener posibilidad de participar. Obviamente, el reconocimiento de la autoría no puede dejar de valorar

⁸¹⁴ Sobre el concepto de *justicia restaurativa*, vid. DE URBANO CASTRILLO, E. *La Justicia Restaurativa Penal*, La Ley Penal, nº 73, Sección Estudios, julio 2010.

⁸¹⁵ LANZAROTE MARTÍNEZ, P. A. *La autonomía del Ministerio Fiscal, de lege ferenda: el fiscal y la reforma del proceso penal*, en *Aspectos fundamentales del derecho procesal penal*, op. cit.

⁸¹⁶ Uno de los ideólogos de esta suerte de justicia alternativa fue ZEHR, H., pudiendo descarse su obra *Retributive Justice, Restorative Justice, alternative justice paradigm*, New Perspectives on Crime and Justice, Akron, PA: Mennonite Central Committee Office of Criminal Justice, 1985.

⁸¹⁷ Vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *La mediación penal en España: estado de la cuestión*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (Coord. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P.), REUS, Madrid, 2011, págs. 16 y 17, quien define la *mediación* como el “encuentro entre víctima y autor del delito, que tiene lugar con el fin de que ambas partes, a través del diálogo, lleguen a un acuerdo sobre cómo reparar el daño inferido y resolver el conflicto. Dicho encuentro es conducido por una persona imparcial: el mediador.” Dicha repación no necesariamente ha de coincidir con el concepto de responsabilidad civil perfilado en los arts. 109 y ss. del Código penal.

cuantas circunstancias concurren para modular la antijuricidad y culpabilidad. No obstante, sí puede resultar útil, en cuanto al agresor, tanto para evitar penas que, por excesivas puedan resultar estigmatizantes, como para mostrar el arrepentimiento; y, respecto de la víctima, para satisfacer la necesidad de la víctima de sentirse escuchada, apoyada y reparada⁸¹⁸.

De este modo, la implantación de este tipo de sistemas de justicia alternativos busca que sea el propio agresor quien *motu proprio* reconozca la autoría de la ofensas, la gravedad de sus consecuencias, y asuma la responsabilidad de su resarcimiento. Todo ello, con la finalidad de tener un mejor entendimiento de los hechos acaecidos y sus consecuencias que, quizás, puedan evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro. Por el contrario, en el Derecho penal nos encontramos, por lo general, con que el acusado tiene una clara tendencia a negar los hechos, su participación en los mismos, y sus consecuencias.

Así, el mayor protagonismo de unos y otros en el procedimiento seguido contra determinados ilícitos podría resultar de extrema importancia en orden a (i) restringir la continuación del procedimiento penal únicamente aquellos supuestos con suficiente entidad, o (ii) el favorecimiento de la mediación en cualquier momento del procedimiento cuando las circunstancias así lo aconsejen⁸¹⁹. La finalidad es múltiple. De un lado, conseguiríamos minimizar la ya aludida victimización secundaria, así como facilitar la reeducación y reinserción del delincuente. De otro, y desde un punto de vista más pragmático, conseguiríamos reducir la sobrecarga de trabajo provocada por el imparable aumento de la criminalidad, en especial de los denominados delitos bagatela.

De este modo, la conciliación a través del proceso de mediación y el acuerdo resultante pueden concebirse como una alternativa a la problemática expuesta en este trabajo, pero sin llegar a anular el papel de la Administración de Justicia. En efecto, la implantación de este tipo de medidas en modo alguno supone efectuar una enmienda al sistema penal construido a lo largo de tantos siglos de evolución. Tampoco tiene por objeto obviar el

⁸¹⁸ DOMINGO DE LA FUENTE, V. *Justicia restaurativa y mediación penal*, Lex Nova, nº 23/2008.

⁸¹⁹ Vid. GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 256, para quien en aplicación del principio de oportunidad el Ministerio Público no se encuentra obligado, inexcusablemente y *ex art. 105 LECrim.*, al ejercicio de todas las acciones penales contra el acusado, pudiendo, siempre que así lo exijan los intereses protegidos por el art. 124.1 CE – interés público o los derechos de los ciudadanos –, manifestar su acuerdo a una conformidad, instar el sobreseimiento o retirar la acusación en beneficio de intereses tales como favorecer la resocialización del agresor o estimular la reparación del daño.

conflicto o negar sus consecuencias u efectos, pues este modelo de justicia no busca un tratamiento del delito desde puntos de vista extremistas como pudieran ser el *angelismo* o el *hobbesianismo*. Antes al contrario, se trata reorientar el tratamiento de determinados delitos de modo en que puedan alcanzarse de forma más efectiva los fines propios del Derecho penal – castigo, reinserción, resocialización, reparación, etc. –.

Ni la justicia restaurativa ni la mediación suponen tampoco una privatización de la justicia penal *stricto sensu*, porque corresponde al Estado, de un lado, definir y delimitar el marco de la mediación – sus límites objetivos, subjetivos, formales y estructurales –, y, de otro, garantizar el cumplimiento de las garantías procesales, evitando eventuales abusos que pudiesen ocurrir⁸²⁰. Se trata más bien de incluir de una manera más activa a la víctima y al infractor en el proceso, con el objetivo de que la reparación, la responsabilización del daño, y la petición de perdón, no se realicen únicamente en el ámbito privado, sino también en el público, con la trascendencia social que permiten las salas de la administración de justicia. La mediación, por tanto, no viene a suplir el sistema de justicia penal existente, sino a complementarlo⁸²¹, humanizarlo y racionalizarlo. En último extremo sirve para acallar los sentimientos de venganza de las víctimas en la petición de un incremento punitivo del Estado que nada aporta a la pacificación y convivencia social⁸²².

(4).- Los efectos positivos de la justicia restaurativa son el mejor ejemplo de la efectividad las vías alternativas de resolución de conflictos que posibilitan la participación de la víctima en el proceso penal. Son numerosos los estudios que podemos encontrar hoy en día que avalan el establecimiento de procedimientos, complementarios a los propios del Derecho penal, así como de existencia de vías en las que las partes interesadas tengan oportunidad de participar en las resoluciones acerca de

⁸²⁰ En este sentido, vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *La mediación penal en España: estado de la cuestión*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, op. cit., pág. 19, para quien no es posible hablar aquí de privatización de la justicia en la medida en que la mediación “no se plantea como sistema alternativo, sino que se inserta en el procedimiento penal, en los distintos momentos del proceso, como una positiva herramienta para una respuesta más adecuada al delito (...)”.

⁸²¹ Así, vid. RÍOS MARTÍN, J. C. junto con otros autores, *Reflexiones sobre la viabilidad de instrumentos de justicia restaurativa en delitos graves*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (Coord. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P.), REUS, Madrid, 2011, págs. 135 y ss., para quien el instrumento de justicia alternativa resulta perfectamente compatible con los fines y funciones preventivas del Derecho penal

⁸²² RÍOS MARTÍN, J. C. *Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia*, op. cit., pág. 13 y 14.

las consecuencias y efectos del delito y la forma en que pueden ser reparadas y prevenidas. Estos mismos estudios demuestran también que estas vías alternativas son bien acogidas tanto entre las víctimas como entre sus agresores, pudiendo llegar a reducir, incluso, las posibilidades de reincidencia de estos últimos⁸²³. Evidentemente, estos novedosos modelos justicia no son infalibles y pueden tener consecuencias perniciosas, como también sucede con los modelos de justicia penal tradicionales, si bien suponen alternativas válidas para la persecución y reparación de daños menor entidad como los que aquí nos ocupan⁸²⁴.

§ XVI. 2. - Clases y fundamentos jurídicos de mediación penal

§ XVI. 2. 1. - Modelos de mediación

(1).- La doctrina científica viene mostrando desde hace tiempo un creciente interés por investigar determinadas medidas empleadas fuera de nuestras fronteras – EE.UU., Alemania, Italia, Francia, Francia, Bélgica, entre otros muchos – para adaptar el proceso penal a las exigencias propias de nuestros tiempos⁸²⁵. En España, el número de estudios doctrinales viene experimentado en los últimos años un aumento exponencial, así como también el apoyo expreso de no pocos jueces y fiscales⁸²⁶, que cuentan a su vez con el

⁸²³ Vid. BRAITHWAITE, J. *Encourage Restorative Justice*, Criminology and Public Policy, 2007, pág. 689 y ss. Este autor es, probablemente, uno de los defensores más reconocidos de la justicia restaurativa, y quien destaca su éxito y buena acogida, precisamente, porque el hecho de permitir la participación ciudadana en estos modelos supone en cierto modo una devolución del poder punitivo al ciudadano. Comparado con las formas de justicia tradicionales, la justicia restaurativa supone una respuesta criminológica eficaz al conseguir reducir la criminalidad y buscar la mediación entre las partes de una forma mucho más rápida y barata.

⁸²⁴ Este tipo de vías alternativas no se encuentra, empero, exenta de crítica. Vid., v. gr., CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. *El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal*, La Ley Penal, n° 86, Sección Criminología, octubre de 2011, quien a pesar de reconocer las profundas carencias de la administración de justicia, también alerta sobre los riesgos que podría conllevar una excesiva subjetivización de la justicia mediante institutos como la mediación.

⁸²⁵ El presente trabajo no tiene por objeto el estudio en profundidad del origen y la evolución de la denominada justicia restaurativa. En internet podemos encontrar no obstante diversas páginas web, como www.restorativejustice.org o www.vorp.com, que ofrecen información, artículos y una amplia bibliografía al respecto.

⁸²⁶ Vid. así, entre otros tantos, VIADA BARDAJÍ, S. *Los fines del proceso penal*, La Ley Penal, n° 75, Sección Estudios, octubre 2010. Dicho autor aboga por una mayor protección de la víctima en el proceso, incluso, por razones de utilidad dado el alto porcentaje de vistas orales que se suspenden por incomparecencia de aquélla en los juicios por delitos y faltas. Todo ello, debido en gran parte a los temores y dudas que suscita el propio proceso penal y el enfrentamiento con su agresor. Por este motivo

respaldo del Consejo General del Poder Judicial. La finalidad de dichas medidas no es otra que la de abaratar, facilitar, y, sobre todo, agilizar y dotar de mucha mayor rapidez el propio procedimiento penal. Por esta razón, el principio de oportunidad aparece vinculado desde hace ya algún tiempo a la *mediación* entre las partes en el proceso penal como vía de obtención de mejores soluciones de política criminal⁸²⁷. Figura ésta integrada en el contexto de soluciones alternativas al proceso judicial, también denominados ADR – *Alternative Dispute Resolutions* –⁸²⁸, para nada opuestos o independientes de aquél, sino entendidas como vías complementarias y coetáneas, como veremos más adelante⁸²⁹.

El origen de los ADR suele situarse en EE.UU. a mediados de la década de los años sesenta, como vía alternativa de justicia en la que todas partes del procedimiento puedan resultar beneficiadas. Surgen así en la Universidad de Harvard los primeros estudios que abogan por un sistema *win-win*, en vez de por el *win-lose* propio de los sistemas penales tradicionales. Así, las ventajas buscadas por los sistemas de mediación penal serán las siguientes: (i) descongestión de los Tribunales, agilizando los procesos y abaratando los costes; (ii) ofrecimiento a los ciudadanos – víctimas, agresores y su entorno – de una participación directa en la resolución del conflicto; para así, (iii) simplificación del acceso a la justicia; y (iv) ofrecimiento modelos más eficaces de gestión eficaz de conflictos con trascendencia penal⁸³⁰.

entiende que “un proceso penal moderno debería encontrar entre sus fines espacio para la introducción de procesos de mediación, como modo de eliminar el conflicto surgido con el delito.”

⁸²⁷ En este sentido, vid. la Instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 6/1992, de 22 de septiembre, sobre aplicación de algunos aspectos del proceso penal en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, que recomienda la mediación en determinados supuestos para conseguir las referidas mejores soluciones de política criminal; esta instrucción ha sido criticada por DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 45, por inconcreta, al no tener límites claros, ni sujeción a presupuestos, requisitos o condiciones.

⁸²⁸ Los ADR no son sin embargo sinónimos de la justicia restaurativa, pues mientras la primera persigue una solución pactada, la segunda una solución justa en términos restauradores. Vid. DÍAZ LÓPEZ, J. A. *Propuestas para la práctica de la mediación penal*, INDRET, nº 3, Barcelona, julio de 2011. También existen sustanciales diferencias en las justicias “restaurativa” y “retributiva”, en la medida en que en esta última la víctima no debe de tomar parte en el proceso penal en orden a evitar que prime más la venganza que el justo castigo, o incluso que el agresor sea indebidamente perdonado ante la comisión de un delito excesivamente grave.

⁸²⁹ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R. *El mecanismo de mediación en el proceso penal*, en *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, La Ley, Madrid, octubre 2010, para quien este tipo de medidas, además de beneficios hacia la víctima y el victimario, otorgan beneficios a la sociedad en general, que recobra la confianza en la justicia cuando es consciente de que aquéllos han obtenido una respuesta satisfactoria a su conflicto.

⁸³⁰ Los estudios sobre todo lo relativo al movimiento de los modelos alternativos de justicia restaurativa son ciertamente ingentes y las revistas, boletines, libros y artículos sobre la negociación y la mediación están proliferando. En EE.UU., especialmente a partir de la década de los ochenta, las facultades de

No es posible encontrar una definición de justicia restaurativa universalmente aceptada⁸³¹. Los *Principios Básicos sobre el uso de programas de justicia restaurativa en materia criminal*, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 2002 la definen, en términos excesivamente amplios, como “cualquier programa que usa procesos restaurativos y busca lograr resultados restaurativos”; por procesos restaurativos esta misma declaración entiende “cualquier proceso en la víctima y el ofensor, y cuando es apropiado otras personas o miembros de sus comunidades afectados por el delito, participan juntos activamente en la resolución de los problemas generados por el delito cometido, generalmente con la ayuda de un facilitador. Estos procesos pueden incluir mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencia”.

Probablemente, dado que los sistemas restaurativos ofrecen a su vez infinidad de procesos con distintas variantes, es difícil poder alcanzar definiciones más ajustadas. No obstante, es indiscutido que esta particular modalidad de justicia engloba toda una variedad de métodos de resolución de conflictos donde la víctima ocupa un especial protagonismo, y donde las partes cuentan con una especial disponibilidad sobre el procedimiento en orden a alcanzar una solución satisfactoria que pasará generalmente por responsabilizar al agresor de la ofensa proferida y reparar el daño ocasionado⁸³². Sin duda alguna, una tercera vía al modelo de justicia penal vigente.

(2).- Los programas de justicia restaurativa manejados, tanto por la doctrina como por nuestro Derecho comparado, son múltiples. La mediación víctima-ofensor, la conciliación, los círculos de sentencia, conferencias restaurativas o los paneles de

Derecho incorporan incluso la enseñanza de resolución de conflictos en sus planes de estudio, y abundan las conferencias y jornadas de formación. Existen reuniones y congresos a nivel nacional, así como asociaciones como la *Society for Professionals in Dispute Resolution*. Todos estos indicios sugieren que la práctica de la resolución de disputa doméstica está prosperando. Vid., *ad exemplum*, GOLDBERG, S. / GREEN, E. / SANDER, F. *Dispute Resolution*, Little Brownard, Boston, 1985.

⁸³¹ Entre las más populares, destaca la de ofrecida por MARSHALL, T. *The evolution of restorative justice in Britain*, *European Journal of Criminal Policy and Research*, 4, 1996, pág. 21 y ss., que la define del siguiente modo: “La justicia restaurativa es un proceso mediante el cual todas las partes con intereses en un delito en particular se reúnen para resolver colectivamente cómo hacer frente a las consecuencias de la infracción y sus implicaciones para el futuro”. Cfr. BRAITHWAITE, J. *Restorative justice: Assessing optimistic and pessimistic accounts*, en *Crime and justice: A review of research*, Ed. Michael Tonry, Chicago, 1999, pág. 1 y ss., que critica esta definición por no reflejar los valores de la justicia restaurativa.

⁸³² No obstante, los esfuerzos para definir, explicar o desarrollar la denominada *justicia restaurativa*, son muchos y muy variados. *Ad exemplum*, vid las “pinceladas” ofrecidas por ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. *Justicia restaurativa y fines del Derecho penal*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, op. cit., págs. 49 y ss.

justicia juvenil son sólo algunos ejemplos, si bien todos ellos admiten matizaciones que pueden suponer importantes modificaciones según el país que lo aplique. Aun con todo, quizás, los más característicos sean las conferencias familiares – *family group conferences* – o grupos de comunidad, y la mediación penal.

Los primeros tienen su origen en Nueva Zelanda⁸³³ y son el resultado de la reforma radical de su sistema juvenil. Como consecuencia de las críticas del pueblo maorí al sistema de justicia penal tradicional, especialmente por los escasos resultados y los altos grados de insatisfacción, así como por los movimientos de apoyo a favor de los derechos de las víctimas⁸³⁴. Este sistema, si bien no elude la responsabilidad que necesariamente habrá de recaer sobre el menor edad responsable de la agresión, sí contiene ciertas consideraciones hacia ella. El objetivo, es el de ofrecer a la víctima y a su agresor un mayor grado de participación en el proceso: con la finalidad de que el delincuente tenga posibilidad de tomar conciencia de la gravedad y consecuencias de su conducta, de hacerse responsable de ello, y buscar el compromiso entre ambos en hacer enmiendas y formar su conducta en el futuro.

Este programa es relativamente flexible y admite variaciones en función de las particularidades de cada supuesto de hecho, si bien la práctica ha desarrollado ciertos patrones. Por lo general, si las agresiones no son excesivamente graves, una vez que la policía tiene conocimiento de la infracción puede optar por la adopción de medidas leves, como amonestaciones, antes de dejar libre al menor; o la derivación del caso a la Sección Policial de Ayuda a la Juventud, que en presencia de los padres, puede dirigir una advertencia al ofensor, pedir una disculpa formal hacia la víctima o la imposición de sanciones consentidas tales como la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. Esta forma de proceder suele obtener resultados satisfactorios y tiene lugar

⁸³³ En España, no obstante, durante la Edad Media existió una importante tradición mediadora en entornos sociales con costumbres arraigadas. Vid. al respecto DÍAZ LÓPEZ, J. A. *Propuestas para la práctica de la mediación penal*, op. cit., quien destaca que en el Fuero de Avilés (1076) puede hallarse una de las primeras referencias de mediación –“medianedo”–. Vid. también, VALL RIUS, A. *El desarrollo de la Justicia restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española*, La Ley, N° 6528, Sección Doctrina, 18 de julio de 2006, D-173, que destaca el Fuero Juzgo (1241) elaborado por Fernando III de Castilla.

⁸³⁴ Sobre el modelo de conferencias familiares en Nueva Zelanda, su introducción en 1989, el funcionamiento y los roles desempeñados por cada una de las partes, e incluso los grados de satisfacción obtenidos, vid. MORISON A./GABRIELLE, M. *Restorative Justice in New Zealand: Family Group Conferences as a Case Study*, Western Criminology Review, 1998, disponible desde Internet en: <http://wcr.sonoma.edu/v1n1/morris.html> (consultado el 8 de junio de 2013)

en el 70% de los casos. Únicamente el procedimiento se agrava cuando esas advertencias o amonestaciones resultan infructuosas o cuando la agresión supera determinados umbrales de gravedad, en cuyo caso el supuesto es asumido por la Corte Juvenil.

En cualquier caso, lo importante de esta modalidad de justicia restaurativa reside en que los verdaderos protagonistas en estas conferencias son las personas directamente envueltas en el conflicto, en vez de los profesionales. De tal modo que cualquier tipo de solución ha de pasar necesariamente por tener en cuenta la opinión de la víctima y las circunstancias personales del agresor que hagan necesarias la adopción de medidas. En función de la agresión, la finalización del proceso suele terminar con disculpas formales, imposición de trabajos en beneficio de la comunidad, reparación del daño e inclusión en programas de reinserción, etc.⁸³⁵

(3).- Frente a las conferencias familiares, la mediación supone probablemente el modelo más extendido, si bien también admite variantes de todo tipo. Con carácter general los objetivos son similares, al buscar nuevamente un encuentro de la víctima con su ofensor, que éste tome conciencia de los perjuicios ocasionados y asuma las consecuencias del daño, y dar la oportunidad de establecer los términos de la reparación. Los programas de mediación, tanto en Europa como en el Norte de América podemos contarlos por cientos, cada uno con sus propias peculiaridades, y el grado de satisfacción es, nuevamente, elevado.

El modelo adoptado por la escuela de Harvard, denominado *clásico* o *tradicional* – que puede ceñirse únicamente a delitos menos graves, aunque no necesariamente – pasa irremediablemente por un acercamiento voluntario entre las partes, en el que el delincuente admite abiertamente la comisión del delito y su arrepentimiento. En caso de llegar a algún tipo de componenda, ésta puede ser remitida por el mediador a los Tribunales para su ratificación, y requerirá de cierto seguimiento por este último en orden a verificar el efectivo cumplimiento de sus términos así como por la solución de eventuales inconvenientes que puedan surgir. Obviamente, la mediación ha de estar sujeta a determinados límites infranqueables, como sucede con la imposibilidad de

⁸³⁵ MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, A. *Justicia restaurativa y proceso penal. Garantías procesales: Límites y posibilidades*, Revista Iuris et Praxis, Año 15, nº 2, pág. 173 y ss.

poder fijar de común acuerdo la imposición de una sanción penal – adicional al posible resarcimiento económico – acorde con la ofensa proferida, que cuando menos deberá ser confirmada por el Juez o Tribunal sentenciador⁸³⁶.

Por el contrario, el modelo *transformativo* ideado por BARUCH y FOLGER, sitúa el acuerdo o indemnización en un segundo plano, pues está más centrado en la necesidad de que las partes discutan abiertamente sobre la ofensa, valoren su impacto y dar la posibilidad a la víctima de recibir respuestas a interrogantes tales como el porqué de la ofensa. Este programa, en teoría, cumpliría de una mejor forma con los objetivos asumidos por la justicia retributiva⁸³⁷, si bien está mucho más alejado de algunos de los principios fundamentales del Derecho penal.

(4).- Alternativamente, hemos visto que, v. gr., los *Principios Básicos sobre el uso de programas de justicia restaurativa en materia criminal*, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, hacen referencia a otras vías como los tratados de paz o círculos de sentencia. Estas instituciones, adaptadas de ciertas prácticas nativas norteamericanas y utilizadas fundamentales en todo Norte América, buscarían alcanzar consensos entre infractores, víctimas, Jueces, policía, etc. planes de sentencia que aúnen todas las inquietudes de las partes. Nuevamente, la finalidad de este mecanismo es la dar la oportunidad al agresor de reconocer y enmendar el perjuicio ocasionado, a la víctima de ser escuchada, y al resto de partes participar en la búsqueda de una solución conjunta que pueda enmendar eficazmente el conflicto⁸³⁸.

⁸³⁶ Vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *La mediación penal en España: estado de la cuestión*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, op. cit., pág. 23, quien señala que el juez será además el garante último de que un eventual acuerdo se ajuste a nuestros parámetros constitucionales.

⁸³⁷ MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS A. *Justicia restaurativa y proceso penal. Garantías procesales: Límites y posibilidades*, op. cit., pág. 175 y 176.

⁸³⁸ DOMINGO DE LA FUENTE, V. *Justicia restaurativa y mediación penal*, op. cit.

§ XVI. 2. 2. - *Fundamentos jurídicos y referencias normativas*

§ XVI. 2. 2. 1. - *Estándares establecidos por el Derecho supranacional*

(1).- A nivel internacional, es creciente la regulación que viene ocupándose desde hace décadas de la mediación. Como no podía ser de otro modo, estas recomendaciones son el principal apoyo normativo utilizado por la doctrina para defender estos modelos de justicia alternativa, razón por la cual son continuamente citados en los múltiples trabajos científicos que podemos encontrar al respecto, tanto a nivel nacional como internacional.

En primer lugar, en el ámbito supracomunitario, destaca la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y del Abuso de Poder de 1985*, que además de delimitar el concepto de víctima, aboga por proteger sus intereses en aras a un resarcimiento e indemnización justos incluso, tanto mediante mecanismos judiciales y administrativos eficientes, como “cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas” – art. 7 –⁸³⁹.

⁸³⁹ Vid. al respecto los siguientes artículos: art. 5: “Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.”; art. 6: “Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.”; art. 7: “Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.”

También es de destacar la *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal*, de 2007⁸⁴⁰, que anima a considerar a los Estados Miembros la posibilidad de formular estrategias y políticas nacionales encaminadas al desarrollo de la justicia restaurativa, así como la promoción de una cultura propicia para la utilización de la justicia restaurativa entre las autoridades policiales, judiciales y sociales y las comunidades locales. De este modo, dicha recopilación ofrece pautas claras, tanto sobre los programas de justicia restaurativa, como sobre su funcionamiento. Los principios establecidos por la Recopilación son verdaderamente elocuentes en la medida en que establecen lo siguiente – Primera parte, ap. I.14 –: (a) los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Se llegará a los acuerdos de forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas – art. 7 –; (b) la víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restaurativo. La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales ulteriores – art. 8 –; (c) las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso – art. 9 –; (d) la seguridad de las partes debe ser tenida en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso – art. 10 –; (e) cuando los procesos restaurativos no sean un recurso apropiado o posible, el caso deberá remitirse a la justicia penal y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la manera de proceder. En esos casos, los funcionarios de justicia penal se esforzarán por alentar al delincuente a que asuma su responsabilidad para con la víctima y las comunidades afectadas, y apoyarán la reintegración de la víctima y del delincuente en la comunidad – art. 11 –.

Las recomendaciones ofrecidas en cuanto al funcionamiento son igualmente incisivas, al establecer en sus arts. 14 y ss. determinados principios básicos; salvaguardas básicas

⁸⁴⁰ La primera edición de la recopilación de las *Reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal* se publicó en 1992. Destaca también la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal celebrada en Viena, del 16 al 25 de abril de 2002, sobre la Justicia restaurativa y su papel en los sistemas de Justicia penal.

en materia de procedimiento que garanticen la equidad para con el delincuente y la víctima – tales como la obligación de información a las partes de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión –; la necesidad de que, en su caso, el acuerdo resultante del programa deba ser posteriormente supervisado judicialmente, o incorporado a decisiones o sentencias judiciales; o la confidencialidad de las conversaciones mantenidas en los procesos restaurativos, que no deberán revelarse ulteriormente, salvo acuerdo de las partes o si la legislación nacional dispone otra cosa.

(3).- A nivel intracomunitario, son también múltiples los convenios y recomendaciones. Si bien algunas, como la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, o la Recomendación R (98) 1 sobre mediación familiar, 21 de enero de 1998, únicamente pueden ser tenidas en cuenta a efectos penales de manera muy indirecta, existen en cambio iniciativas expresas que suponen importantes avances. Así, y sin ánimo de exhaustividad:

(a) *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales 4 de Noviembre de 1950*: de forma indirecta, ya admitía la mediación de la Comisión del Convenio, en supuestos de violación de derechos, para la resolución de conflictos entre víctima y estado infractor.

(b) *Recomendación R (83) 7 de 23 de junio de 1983 del Comité de Ministros del Consejo de Europa*: aconseja a los Gobiernos de los Estados que fomenten la participación del público en la elaboración y aplicación de una política penal, dirigida a prevenir la delincuencia, a recurrir a medidas de sustitución de las penas privativas de libertad y a asegurar una ayuda a la víctima, así como su indemnización.

(c) *Recomendación R (85) II de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento penal*: aconseja a los Estados miembros, entre otros, a examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación, a fin de mejorar la satisfacción de las necesidades de la víctima y sus intereses, y como mejor forma de poder tenerlos más en cuenta en todas las fases del proceso de la justicia penal; así como

también a considerar que las medidas que se adopten con este fin no están necesariamente en conflicto con otros objetivos del Derecho penal y del proceso penal, tales como el fortalecimiento de las reglas sociales y la reinserción del delincuente, sino que pueden de hecho ayudar a conseguirlo y facilitar la eventual reconciliación entre la víctima y el delincuente.

(d) *Recomendación R (87) 21 del 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la “asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización”*: fomenta medidas como la mediación entre el delincuente y su víctima, como vía alternativa de intervención para ayudar a las víctimas de las infracciones penales para satisfacer sus necesidades de la forma más adecuada; todo ello, en la inteligencia de que la intervención del sistema de justicia penal no basta por sí sola para reparar el perjuicio y el trastorno ocasionado por la infracción.

(e) *Recomendación R (99) de 15 de septiembre, sobre la mediación penal*: además de establecer determinados principios y fundamentos, describe esta vía como “todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente si lo consienten libremente, en la solución de las dificultades resultantes del delito, con la ayuda de un tercero independiente, el mediador”.

(f) *Recomendación R (2006) del consejo europeo sobre asistencia a las víctimas del delito* – sustituye a la antes citada Recomendación (87) –: aconseja nuevamente la mediación por sus potenciales beneficios hacia la víctima.

(g) *Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*: establece que “(l)os Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales (...), pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de mayo de 2006” – arts. 10 y 17 –⁸⁴¹.

⁸⁴¹ Sobre dicha decisión marco, así como el concepto de víctima y sus derechos, vid. SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. *El renacer de la víctima y el reconocimiento de sus derechos en la Unión Europea*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (Coords. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P.), REUS, Madrid, 2011, págs. 85 y ss.

Estas recomendaciones y convenios europeos han sido completados a su vez por otros tantos trabajos, como la *Guía para una mejor implementación de las recomendaciones concernientes a la mediación en materia penal. Comisión Europea para la Eficiencia en la Justicia* (CEPEJ), de diciembre 2007, que establece determinadas pautas como los principios que se han de respetar – como el de confidencialidad – los roles de cada uno de los participantes – desde el de los Jueces y fiscales, a los asistentes sociales y los abogados, los requisitos que han de reunir los mediadores, los derechos de víctimas y agresores, etc.; u otros documentos de trabajo que paulatinamente se van llevando a cabo para analizar y evaluar la evaluación de los programas de mediación en los distintos países – como *La calidad de la mediación penal en Europa*, del Grupo de Trabajo sobre Mediación (CEPEJ), de 22 de agosto de 2007; el *Análisis sobre la evaluación del impacto de las recomendaciones del Consejo de Europa concernientes a la mediación*, (CEPEJ), de 3 de mayo de 2007; o los distintos *informes de las Reuniones del Grupo de Trabajo sobre Mediación* de la Comisión Europea para la Justicia, CEPEJ, que se vienen elaborando desde el año 2006 –.

§ XVI. 2. 2. 2. - Precedentes y fundamentos en España

(1).- En el Derecho penal español no existe ningún tipo de regulación específica – más allá de las excepciones a las que más adelante nos referiremos –, ni tan siquiera una definición de la mediación. Pese a los avances supranacionales ya referidos, en la actualidad es difícil encontrar en nuestro ordenamiento ninguna regulación, aun cuando textos comunitarios como los expuestos son de obligada referencia entre los estados miembros. En efecto, todo ello, a pesar de haber constatado que sí es posible encontrar múltiples iniciativas, como la meritada Recomendación R (99); o la tan citada entre nuestra doctrina Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, que en su art. 10 establece la obligación de los estados de impulsar la mediación en las causa penales “para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida”.

Aun con todo, nuestras leyes sancionadoras contienen herramientas conforme a las cuales sería posible suavizar la aplicación de las sanciones punitivas propias del Código

penal. Como expondremos en las líneas siguientes, a través de aplicación de las normas y principios vigentes tenemos base suficiente para comenzar a concretar un régimen coherente de criminalización alternativa sobre la base de la mediación. De igual modo, existen sólidas iniciativas y una clara voluntad de avanzar en este sentido, como sucede con el actual *Anteproyecto de Código Procesal Penal*, que contiene algunas referencias expresas, tanto del principio de oportunidad como de la mediación, vinculada a los principios de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad – arts. 157 y ss. –, y entendida “no (como) una especie de renuncia del Estado a la titularidad exclusiva del *ius puniendi*. No se trata de otorgar a los particulares un poder omnímodo de disposición como el que les está atribuido en los estrictos supuestos de delito privado. Al contrario, la mediación ha de concebirse como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando ésta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima.”. El Ministerio Fiscal estaría facultado, de este modo, “al apreciar la concurrencia de un supuesto que, por sus características específicas, permite acudir a un archivo por oportunidad o a la imposición de una pena reducida” a “impulsar, a través de la mediación y con el consentimiento de los afectados, la obtención de una solución reparadora de los intereses particulares en juego en función de la disminución o ausencia de interés del Estado en el castigo”⁸⁴².

Es indudable que con medidas como la referida sería posible otorgar a la víctima un mayor protagonismo, así como extraer del Derecho penal determinadas infracciones que probablemente no exijan una respuesta punitiva tan rígida y severa. Todo ello, siempre dentro del procedimiento penal, que si bien obviamente no impediría la intervención de terceros ajenos al proceso – como los *mediadores* –, encontraría siempre la tutela de Estado a través del Ministerio Fiscal y, en última instancia, del propio Juez⁸⁴³. En

⁸⁴² Este anteproyecto se puede consultar actualmente en la página web del Ministerio de Justicia: www.mjusticia.gob.es.

⁸⁴³ Aun con todo, la doctrina también señala posibles inconvenientes de esta figura. Cfr. ÁLVAREZ SACRISTÁN, I. *¿Por qué la mediación penal?*, La Ley, nº 7699, Sección Doctrina, 21 de septiembre de 2011, año XXXII, Ref. D-346, que cita como posibles desventajas: a) que el acuerdo de mediación no tiene fuerza ejecutiva; b) que no está regulada en España; c) se trata de una suplantación del orden jurisdiccional por un órgano administrativo; d) se crea un órgano paralelo al jurisdiccional con sus propios letrados y mediadores; e) bajo el paraguas y dependencia del mediador se sitúa un funcionario nombrado por el poder político – ejecutivo – en el poder judicial; f) cuando se trate de delitos o faltas de alcance político, el problema se plantea no a niveles judiciales sino a niveles políticos, con los resultados nefastos que todos conocemos cuando la política enturbia lo jurisdiccional.

efecto, aun cuando estas medidas pueden resultar beneficiosas para todas las partes implicadas, el Estado no puede renunciar en modo alguno a ejercer un control, tanto sobre los términos del acuerdo, como sobre las consecuencias del mismo; especialmente habida cuenta de que en tal caso la consecuencia inmediata podría ser incluso la renuncia a la imposición de la pena – archivo del procedimiento penal –, en caso de estimarse innecesaria la imposición de ningún tipo de castigo de haberse acreditado que ha perdido su sentido o función⁸⁴⁴.

(2).- A pesar de que, como hemos anticipado, nuestro ordenamiento carece de regulación expresa⁸⁴⁵, sí es posible encontrar una excepción en la LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, así como en el Real Decreto 1774/2004, apoyadas en el principio de oportunidad del Derecho penal – ya citados *supra* al tratar el principio de oportunidad –. Sin embargo, su regulación es excesivamente parca, sin hacer mayores referencias a algunos elementos trascendentales.

El procedimiento lo regula esencialmente el art. 19.1 de la ley⁸⁴⁶, al tratar el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. Es una nueva manifestación del principio de oportunidad, que ante supuestos de delitos “menos graves o faltas”⁸⁴⁷, faculta “al Ministerio Fiscal (a) desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los

⁸⁴⁴ LAMARCA PÉREZ, C. *Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal*, La Ley Penal, nº 44, Sección Estudios, diciembre de 2007, págs. 5 y ss.

⁸⁴⁵ En otras jurisdicciones la mediación sí aparece regulada en cambio de forma expresa. Es el caso de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, basado “en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes.” El articulado de esta Ley se estructura en cinco títulos: (i) ámbito material y espacial de la norma; (ii) principios informadores de la mediación – voluntariedad, neutralidad, confidencialidad, etc. –; (iii) estatuto mínimo del mediador; (iv) procedimiento de mediación; y (v) procedimiento de ejecución de los acuerdos.

⁸⁴⁶ Sobre la conciliación, mediación y reparación en la LRPM, vid. COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A. *La mediación en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y su reglamento*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, op. cit., págs. 318 y ss.

⁸⁴⁷ Vid. COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A. *La mediación en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y su reglamento*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, op. cit., págs. 318 y 319, para quien, si bien parece lógico el establecimiento de determinados límites, el hecho de limitar la mediación a los delitos menos graves puede plantear problemas. Así, el delito de posesión y tráfico de drogas es uno de los más comunes entre los menores, pero por las sanciones aparejadas, quedaría fuera de este régimen. No obstante, apunta el autor, que para supuestos como éste, si bien el Fiscal no podría desistir de la instrucción del procedimiento, sí estaría facultado para proponer al Juez de Menores el sobreseimiento – una vez finalizado el proceso y reparación – y en función del principio acusatorio sería acordado por el juez.

hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.”⁸⁴⁸.

Los requisitos concretos de la conciliación están regulados en el artículo 19.2, exigiendo la ley en todo caso (i) reconocimiento del daño por parte del agresor; (ii) disculpa ante su víctima; (iii) aceptación de las disculpas por parte de esta última; y (iv) reparación del daño, entendiéndose como tal el compromiso asumido por el sujeto activo en beneficio de la comunidad o del perjudicado y ofendido, sin perjuicio de los acuerdos alcanzados también por las partes en cuanto a la responsabilidad civil. Adicionalmente, las labores de mediación entre las partes serán llevadas a cabo por parte de un equipo técnico que informará puntualmente al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y su grado de cumplimiento – art. 19.3 –.

El control jurisdiccional de esta vía alternativa está igualmente garantizado, en la medida en que la norma prevé que “una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado” – art. 19.4 –, así como que para “el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente” – art. 19.5 –⁸⁴⁹.

Los términos establecidos en el antedicho procedimiento resultan muy ilustrativos a los efectos que aquí nos ocupan, y sin duda, nos servirán de guía a la hora de determinar las

⁸⁴⁸ Con anterioridad, la LO 4/1992, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, en su art. 16, admitía expresamente la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad: “Atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones y circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima, el Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones.”

⁸⁴⁹ Más ampliamente, sobre el procedimiento de mediación y reparación de la LO 5/2000, vid. VALL RIUS, A. *El desarrollo de la Justicia restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española*, op. cit.

bases del procedimiento de mediación como vía alternativa a la perseguibilidad privada del Derecho penal, en la medida en que exige:

- (a) Inexistencia de violencia e intimidación.
- (b) Restricción de la mediación únicamente a delitos menos graves y faltas.
- (c) Reconocimiento de la comisión del delito y del daño ocasionado.
- (d) Petición y aceptación de disculpas.
- (e) Imposición de sanciones en beneficio de la comunidad o de los perjudicados por la agresión.
- (f) En su caso, satisfacción de la responsabilidad civil.
- (g) Participación de un equipo especializado de mediación.
- (h) Control permanente por parte del Ministerio Fiscal.
- (i) Convalidación de todo el proceso por parte del Juez a través del archivo de las actuaciones.

(3).- En contraposición, la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, en su art. 44.5, veda expresamente la mediación, como consecuencia de la enmienda formulada en su día por el Grupo Parlamentario CIU, sobre la base de que “(...) en los casos de violencia (de género) no hay igualdad entre las partes, por lo que la mediación es absolutamente inadecuada, tal y como se sostiene en todos los foros especializados. A pesar de ello, aun existen situaciones en las que se reconduce a la mediación aunque haya violencia, por lo que mantenemos la necesidad de que quede expresamente vedada la misma”.

Tal circunstancia parece ir en línea con la Recomendación R (98) 1 sobre mediación familiar, que entre sus principios – Ap. III – afirma lo siguiente: “(...) el mediador debe prestar especial atención a si la violencia ha ocurrido en el pasado o se puede producir en el futuro entre las partes y el efecto que esto puede tener en las posiciones de negociación de las partes, y debe considerar si, en estas circunstancias, el proceso de mediación es apropiada”. No obstante, la pretendida restricción ha dado lugar a posiciones doctrinales contrapuestas⁸⁵⁰ y, de hecho, su alcance ha sido matizado en

⁸⁵⁰ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Server de Comunicació i Publicacions, D.L., Castellón,

alguna ocasión por la jurisprudencia⁸⁵¹ e incluso por alguna ley foral cuando mediación familiar se trata⁸⁵², especialmente en cuestiones de índole civil. Sorprende en cualquier caso, el pretender prohibir expresamente una medida que, sin embargo, carece de regulación expresa en ninguna disposición legal⁸⁵³.

(4).- A pesar de lo anterior, lo cierto es que la mediación encuentra su encaje en los principios de intervención mínima y oportunidad del Derecho penal. Todo ello, en el entendimiento de que la imposición de la pena puede resultar en ocasiones una solución imperfecta y excesivamente coercitiva que, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, puede no ser adecuada para restablecer el orden jurídico vulnerado. Si, tal y como profesa el art. 25 de nuestra Carta Magna – junto con otras disposiciones concordantes, como la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, en sus arts. 1, 59 ó 61 –, los objetivos de las penas y medidas de seguridad tienen por objeto, además de la en ocasiones inevitable imposición del castigo, la reeducación, prevención

2007, pág. 118, para quien “(...) No está resuelta más que la exclusión de la mediación, por consiguiente habrá que acudir a otras vías legales para que al menos lo más importantes de los efectos se puedan conseguir, por ejemplo, reanudar la vida en común tras el divorcio (lo que como veremos eliminaría prácticamente todos los efectos de la orden de protección si se hubiere acordado), o no oponerse a las medidas provisionales solicitadas por la mujer, etc. En cualquier caso, es posible que la realidad nos lleve a pensar, lo que sería muy triste porque significaría que no hay cabida para un arrepentimiento sincero o para un perdón verdadero, que cometándose un acto de violencia de género contra la mujer parte en un proceso civil, o bien la mediación no es ni siquiera imaginable o bien se ha obtenido de forma torticera.”. Por su parte, DEL POZO PÉREZ, M. *¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?*, en *La mediación en materia de familia y Derecho penal. Estudios y análisis*, Andavira, Santiago de Compostela, 2010, pág. 324, entiende que la prohibición de la LO 1/2004, debe entenderse referida únicamente a la mediación civil, dado que la penal carece de regulación hoy día. Para GUARDIOLA LAGO, M. J. *La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal*, Revista General de Derecho Penal, nº 12, 2009, la ley no prohíbe la mediación en todos los supuestos. Vid. también THOENNES, N. *Mediation and domestic violence: current policies and practices. Special Issue. Domestic violence*, Family & Conciliation courts Review, vol. 33, 1995, pág. 9 y ss., para quien simplemente sería necesario establecer técnicas de mediación específicas.

⁸⁵¹ Es el caso del AAP Barcelona, Sección 20ª, de 22 de marzo de 2010, para quien tal prohibición no alcanza a “los supuestos de violencia doméstica, para lo que no hay, en su caso, impedimento legal, debiéndonos remitir a las propias características del supuesto concreto para excluir o no su aplicación”.

⁸⁵² Así sucede con el caso navarro, donde la Ley Foral 12/2003, de 7 de marzo, de modificación de la Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista, que establece un servicio de mediación gratuita para solucionar conflictos familiares en supuestos de crisis o rupturas. En concreto, en su art. 12 ter acuerda lo siguiente: “1. El Departamento competente en materia de familia ofrecerá gratuitamente programas de mediación para la solución de los conflictos familiares que puedan surgir en situaciones de crisis matrimonial o ruptura de pareja. / 2. Por mediación familiar se entenderá, a estos efectos, la actuación de especialistas en los ámbitos psico-socio-familiar y jurídico, dirigida a la búsqueda de puntos de acuerdo en los aspectos relacionados con la separación, divorcio o nulidad matrimonial o ruptura de la unión de pareja, al objeto de evitar potenciales conflictos o desavenencias entre las partes.”

⁸⁵³ Vid. RÍOS MARTÍN, J. C. *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*, junto con otros autores, op. cit., págs. 49 y 50, quien por lo demás se muestra en contra de dicha prohibición.

y reinserción social, los fundamentos generalmente alegados por la doctrina van a redundar siempre en estas ideas.

Es por ello, por lo que, además de preceptos genéricos como el citado art. 25 CE, u otros tantos de nuestra constitución como el manido art. 24 o los arts. 43, 120 ó 124, los procesos de mediación suelen terminar con la imposición de medidas alternativas – de menor severidad de las que podrían corresponder al delito cometido –, sobre la base de los distintos beneficios penitenciarios puestos a disposición de la infractor, por lo general a partir de la reparación del daño⁸⁵⁴. De hecho, en el vigente Código penal, que destaca por ser el primer texto que admite la reparación como vía de modulación de la aplicación de pena asignada, podemos encontrar las siguientes:

(a) Circunstancias atenuantes previstas en el Código penal – art. 21 CP –, destacando por encima de todas ellas la reparación del daño – 21. 5ª CP –⁸⁵⁵, la confesión de los hechos – art. 21. 4ª –, o, incluso, algunas análogas como el perdón del ofendido – art. 21. 6ª CP –.

Nuestro Código penal, prevé incluso la reparación del daño como atenuante específica en supuestos concretos, como sucede con los delitos contra la ordenación del territorio, contra el patrimonio histórico, contra los recursos naturales o contra la flora, fauna y animales domésticos, en cuyo caso es posible la imposición de la pena inferior en grado *ex art.* 340.

(b) Perdón del ofendido, previsto en algunos de los delitos y faltas estudiados en el presente trabajo, y cuya figura ya ha sido tratada expresamente *ut supra*.

(c) En general, cualquiera de los preceptos contenidos en el Capítulo III, del Título III del Libro I, “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”, que regula: (i) la suspensión de de la ejecución de las penas privativas de libertad, siempre que se cumplan determinados supuestos – arts.

⁸⁵⁴ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, V. *Justicia restaurativa y mediación penal*, op. cit.

⁸⁵⁵ Así, para ALCÁCER GUIRAO, R. *La mediación penal y la atenuante de reparación. Similitudes y criterios de aplicación*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (Coords. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P.), REUS, Madrid, 2011, págs. 109 y 110, la reparación del daño constituye efectivamente una de las pocas manifestaciones de la llamada “justicia alternativa en el Derecho penal español.

80 y ss. –; (ii) la sustitución de estas mismas penas privativas, también en determinados casos – arts. 88 y ss. –; y (iii) los supuestos en los que procedería la libertad condicional – arts. 90 y ss. –.

(d) También para la figura del indulto y la suspensión a que hace referencia el art. 4.4 CP, a través de los preceptivos informes favorables.

(e) La adopción de medidas de seguridad, reguladas en el siguiente Título IV. Al igual que en el caso anterior, y en función del caso concreto, aquí el juez también tiene cierta discrecionalidad, v. gr., al poder decretar el cese, sustitución o suspensión de estas medidas a lo largo de la ejecución de la sentencia – art. 97 –.

(f) En cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el máximo exponente es la figura de la *conformidad* de los arts. 655 y concordantes – para el sumario –, arts. 784, 787.1 y 779.1.5^a – para el procedimiento abreviado –, o arts. 800 y ss. – para los comúnmente conocidos como juicios rápidos–.

De hecho, en la medida en que la conformidad es el mecanismo formal por el que la mediación entra en el proceso penal, podemos apreciar importantes avances en nuestra legislación procesal que apuntan en ese sentido, vigentes desde hace algún tiempo. En efecto, esta figura es una realidad implícita en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal desde hace ya algunos años, al estar contemplada tanto en el procedimiento abreviado como en los juicios rápidos.

En concreto, y en lo que respecta a los delitos contra el honor, el art. 804 LECrim. es sin duda alguna la referencia expresa más clara a esta figura, al obligar la previa celebración del acto de conciliación en presencia judicial o, cuando menos de haberlo intentado sin efecto. Este tipo de medidas no están restringidas, no obstante, a los delitos sometidos a condiciones objetivas de perseguibilidad. En efecto, como acabamos de ver *supra*, la LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad del Menor, en su art. 19 concede a la víctima un protagonismo claro al admitir la posibilidad de archivar las causas por delitos menos graves o faltas, sin violencia o intimidación graves en su comisión – previo desistimiento y petición del Fiscal conforme a los arts. 19.4 y 33 c) –, entre otras, cuando “el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el

compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe”. Otra clara manifestación de la conformidad fue impulsada por la reforma de la LO 15/2003, de 13 de noviembre, en relación con el art. 801 LECrim. al permitir en ciertos casos – delitos menores con penas de hasta tres años de prisión, entre otros – la rebaja en un tercio de la pena solicitada en casos de conformidad, “aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código penal”. Todo un claro ejemplo del reconocimiento de la conformidad como una institución útil y ventajosa para todas las partes del proceso que, además, ayuda a mejorar el funcionamiento de la Administración de Justicia al dotarla de medios que permitan acelerar el fin del proceso penal. Todo ello, bajo la supervisión del Juez, en tanto garante de una correcta calificación jurídica o determinación de la pena aceptada⁸⁵⁶.

Si bien ninguno de los supuestos planteados hace referencia expresa a la mediación, sí es indudable que suponen todas ellas iniciativas que apuntan en un mismo sentido: la finalización anticipada del procedimiento penal y la imposición de penas alternativas o, cuando menos, de una menor nocividad.

Los argumentos suelen ser por lo general bastante convincentes y tienen una buena acogida, en la medida en que supone una institución producto del entendimiento y del acuerdo que ofrece ampliar dosis de seguridad al imputado/acusado – tanto en cuanto a la pena, como en cuanto a la incertidumbre y los perjuicios que evidente implica el proceso penal, tanto en términos de costes económicos como de tipo físico o

⁸⁵⁶ Vid. Art. 787 LECrim.: “1. Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes.; 2. Si a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el Juez o Tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad. El Juez o Tribunal habrá oído en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias.; 3. En caso de que el Juez o Tribunal considere incorrecta la calificación formulada o entendiere que la pena solicitada no procede legalmente, requerirá a la parte que presentó el escrito de acusación más grave para que manifieste si se ratifica o no en él. Sólo cuando la parte requerida modificare su escrito de acusación en términos tales que la calificación sea correcta y la pena solicitada sea procedente y el acusado preste de nuevo su conformidad, podrá el Juez o Tribunal dictar sentencia de conformidad. En otro caso, ordenará la continuación del juicio.”

psicológico –, aligerar la carga de trabajo del Ministerio Fiscal y los Tribunales, una mayor celeridad en el resarcimiento a la víctima, etc⁸⁵⁷.

Obviamente, mediación y conformidad son dos figuras distintas, pero están estrechamente relacionadas, en la medida en que la primera podría actuar como mecanismo complementario y adecuado para lograr los compromisos del acuerdo.

(g) Finalmente, la Ley General Penitenciaria también contempla medidas, relacionadas con el principio de oportunidad e igualmente aplicables al caso, como sucede, entre otros, con su art. 72, en relación con la clasificación o progresión al tercer grado.

§ XVI. 2. 2. 3.- Experiencias piloto en nuestro país

(1).- La mediación penal se perfila, desde hace ya algún tiempo, como una realidad en nuestro país a través de la cual sería posible alcanzar objetivos tales como, no sólo el derecho de la víctima a la rápida reparación e indemnización de daños y perjuicios, sino también un sistema penal mucho más efectivo, reduciendo la carga de trabajo de la Administración de Justicia y facilitando la resocialización del agresor⁸⁵⁸. Es además una posibilidad cada vez más aplaudida y recomendada por nuestra doctrina científica, adoptando siempre las cautelas y precauciones necesarias, como vía de atenuar la responsabilidad del reo, fomentar las conformidades y reforzar la confianza de la víctima en la Administración de Justicia⁸⁵⁹.

Aun con todo, esta figura exigiría una regulación concreta, fundada en el principio de oportunidad reglada en relación con aquellos delitos en los que pudieran tener encaje, que obviamente pasaría por aquellos de menor entidad o las faltas, pero que indudablemente podría ampliarse, cuando menos, a otros como los patrimoniales o

⁸⁵⁷ Vid. MARTÍN OSTOS, J. *La conformidad en el proceso penal*, La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-301, Tomo 5.

⁸⁵⁸ Sobre el instituto de la mediación, vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L. *La mediación penal*, Diario La Ley, nº 6900, Sección Doctrina, 10 de marzo de 2008, Año XXIX, Ref. D-75.

⁸⁵⁹ Vid. VIADA BARJADÍ, S. *Los fines del proceso penal*, op. cit.

socioeconómicos⁸⁶⁰, como veremos *infra*. La menor gravedad o la especial naturaleza de la infracción deberán ser en cualquier caso los puntos de partida sobre los que podría asentarse esta iniciativa.

(2).- Aun cuando actualmente no existe una regulación específica, la *mediación penal* es ya una realidad, si bien aún en fase experimental y bajo la supervisión directa del Consejo General del Poder Judicial⁸⁶¹. Sin ir más lejos, la página web de este organismo ofrece todo tipo de información, tanto sobre experiencias vividas en esta materia⁸⁶², como una amplia bibliografía al respecto, o incluso otra mucho más práctica sobre los Juzgados que actualmente ofrecen la mediación penal como alternativa a la finalización del proceso, memorias sobre los servicios de mediación en las distintas Comunidades Autónomas⁸⁶³, modelos de sentencias, etc. Incluso, tiene publicado un Protocolo de Mediación Penal, aprobado por el Pleno del CGPJ el 28 de enero de 2010, que regula esta figura, tanto en fase de instrucción, como en fase de enjuiciamiento⁸⁶⁴; en ambos casos y siempre bajo la autorización del Juez y previo acuerdo del Ministerio Fiscal, como medio de alcanzar una conformidad en el que puedan valorarse los efectos de una atenuación de la responsabilidad penal por los acuerdos alcanzados entre las partes

⁸⁶⁰ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R. *El mecanismo de mediación en el proceso penal*, op. cit., para quien, más que la restricción a determinados tipos penales, habrá que estar más bien a las circunstancias de cada caso, sobre todo a la posición emocional y las condiciones de igualdad en que se encuentren las partes para ver si es posible o no el desarrollo de la mediación.

⁸⁶¹ Sobre este tipo de experiencias, vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *La mediación penal en España: estado de la cuestión*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, op. cit., págs. 43 y ss.

⁸⁶² Así, v. gr., contaríamos con algunas experiencias como el *Programa de Mediación en el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña*, desde 1998 en seis Juzgados de Instrucción y en tres de lo Penal; la desarrollada por la Asociación Apoyo, en coordinación con la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; o la de la Asociación de mediación para la pacificación de conflictos. Sobre las experiencias en nuestro sistema penal, vid. RÍOS MARTÍN, J. C. *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*, junto con otros autores, disponible desde Internet en: www.poderjudicial.es, (consultado el 12 de junio de 2013), pág. 10 y ss., donde se describen otras experiencias de otros Juzgados españoles.

⁸⁶³ Sobre el resultado de dichos proyectos, vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, E. *La experiencia práctica de la mediación penal en Madrid*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, op. cit., págs. 361 y ss.

⁸⁶⁴ Elaborado para la experiencia piloto de mediación desarrollado por la Asociación de Mediación y Pacificación de Conflictos y el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid y Juzgado de Instrucción nº 32 y 47 de Madrid. El equipo de reflexión que lo ha elaborado estuvo compuesto por D. Ramón Sáez, Juez del Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid, D. Justino Zapatero, Dña. Teresa Olavaria, D. Carmen de la Fuente, Dña. Mª Jesús Raimunda, fiscales del TSJ de Madrid, Dña. Esther Pascual y D. Alfonso Bibiano abogados mediadores, y el Prof. de Derecho penal Julián Ríos. Vid. al respecto DÍAZ LÓPEZ, J. A. *Propuestas para la práctica de la mediación penal*, op. cit., quien igualmente hace referencia tanto a los distintos protocolos existentes, como a diversas experiencias piloto en nuestro país.

sobre la reparación del daño⁸⁶⁵. Especialmente ilustrativas resultan las *Conclusiones del curso en materia de mediación penal*, que resumen perfectamente los puntos sobre los que a juicio de dicho organismo debiera pivotar la mediación penal en nuestro ordenamiento, no como alternativa al proceso penal ni a la judicialización del conflicto derivado del delito, sino operando dentro del propio proceso y como medio de alcanzar los fines del proceso penal; dicho curso da respuesta a los problemas tradicionalmente planteados en torno a dicha figura, tales como los fines perseguidos, su regulación, los principios que deben regirlo, el ámbito de aplicación – no lo excluye, en principio a ninguna infracción – y otro tipo de cuestiones controvertidas⁸⁶⁶.

(3).- Si la confrontamos con la perseguibilidad privada, la mayor eficacia de la mediación – o de la conformidad – es evidente, en la medida en que esta últimas puede operar como mecanismo previo de solución del litigio que podría evitar incluso la tramitación completa del proceso (desde su apertura), o el trámite de ejecución, al tiempo que podría posibilitar un rápido y completo resarcimiento de la víctima. Las ventajas son claras, pues mientras con el sistema actual únicamente se traslada al ofendido o agraviado la posibilidad de ponderar sus propios intereses y la conveniencia de ejercitar algún tipo de acción – según el tipo de ofensa proferida, y sopesándolo con otro tipo de factores tales como los costes (económicos y temporales) del procedimiento, posibilidades de éxito, etc. –, la mediación posibilitaría acordar algún tipo de compensación por el daño evitando muchos de esos inconvenientes.

Así, mientras la perseguibilidad privada admite que una eventual inactividad de la víctima – quizás por voluntad propia, pero también, v. gr., por presiones externas – pueda provocar la impunidad de un delito, la mediación producirá siempre la iniciación del procedimiento y su control jurisdiccional. Aquí, por lo general, la punición del delito pasará por la conformidad con la pena solicitada por las acusaciones, ya sea en su versión atenuada por reparación del daño – art. 21.5 CP –, o mediante la adopción de

⁸⁶⁵ DURBÁN SICILIA, L. *Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal*, La Ley, nº 73, Sección Estudios, julio 2010, pág. 3, quien dentro del alto grado de libertad para dar forma estos proyectos, señala las siguientes fases de la mediación dentro de la fase de instrucción: (i) contacto; (ii) acogida; (iii) encuentro dialogado; (iv) acuerdo; (v) reparación o ejecución de acuerdos; y (vi) seguimiento.

⁸⁶⁶ RÍOS, J./OLAVARRÍA, T. *Conclusiones del curso en materia de mediación penal*, dentro de *Conclusiones del curso la mediación civil y penal. Dos años de experiencia. Segunda parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a Jueces de familia y penales*, de la Escuela Judicial del CGPJ, Cursos de Formación del CGPJ y FGE, de 1, 2 y 3 de octubre de 2007.

algún tipo de ventaja o beneficio tal como la suspensión de la condena – art. 83 CP – o la sustitución de la pena de libertad que pudiera imponerse – art. 88 CP –⁸⁶⁷. En otros casos, como el de la ya apuntada LO 5/2000, de 12 de enero, el art. 51.3 otorga al acuerdo o a la conciliación de un importante valor, al aceptar la posibilidad de sustituir o, incluso dejar sin efecto la sanción impuesta.

Sin duda alguna, el mantenimiento de los principios propios del Derecho penal aconseja integrar la mediación dentro del procedimiento penal, celebrando en todo caso los acuerdos bajo la tutela del Juez y, en su caso, del Fiscal. De esta forma se consigue asegurar un mayor control procesal. El reconocimiento del posible acuerdo alcanzado por parte de la autoridad judicial, como alternativa al proceso, deviene así esencial como medio de atenuación de la pena.

§ XVI. 3. - Aproximación al modelo de mediación penal: límites y garantías

§ XVI. 3. 1. - Nuevamente: legalidad, intervención mínima y oportunidad como principios justificadores de los modelos de justicia alternativa

(1).- Los objetivos de cualquier modelo de justicia restaurativa penal pasan inexorablemente por la adopción de medidas e imposición de castigos y obligaciones hacia el agresor. Estos podrán ser de muy distinta índole, si bien podrán implicar en los casos más graves, además del reconocimiento de la autoría y la reparación, la imposición de una pena privativa de libertad. Es obvia por tanto la necesidad de establecer límites y garantías, así como de compatibilizar una eventual mediación penal con los principios de nuestro sistema jurídico. De hecho, las principales críticas dirigidas por ciertos sectores doctrinales contra estos modelos alternativos pivotan por lo general sobre los principios y garantías constitucionales que podrían verse vulnerados. De ahí precisamente la necesidad de su delimitación.

⁸⁶⁷ CUÉLLAR OTÓN, P./HERNÁNDEZ RAMOS C. *La experiencia en mediación penal de la Audiencia Provincial de Alicante*, La Ley Penal, nº 56, enero de 2009.

(2).- Como no podía ser de otro modo, los modelos de justicia alternativa encuentran su fundamento en los mismos principios sobre los que pretendían fundamentarse los requisitos de perseguibilidad privada, como son el principio de intervención mínima del Derecho penal, o el principio de oportunidad⁸⁶⁸. De tal modo que, ante la severidad de las consecuencias jurídicas de un hecho delictivo, puede resultar más aconsejable la imposición de un castigo menos duro pero que, atendiendo a las circunstancias del caso, sea más efectivo para la consecución de fines tales como restablecimiento del orden jurídico perturbado o la reinserción y rehabilitación social. Es aquí donde surge la posibilidad de emplear mecanismos alternativos, en la medida en que el principio de intervención mínima aconseja, ante la menor gravedad de las consecuencias del delito, la imposición de una sanción menos grave.

A pesar de las críticas de un importante sector de la doctrina respecto de la posibilidad de fundamentar la mediación en los principios de *ultima ratio* o intervención mínima, por vulnerar otros principios como el de legalidad, presunción de inocencia, igualdad o proporcionalidad⁸⁶⁹, hemos de partir de la base de que la aplicación de tales principios para suavizar en determinados casos la severidad que caracteriza la aplicación del Derecho penal es una realidad inobjetable hoy día. Hemos visto, de hecho, cómo la doctrina no duda en acudir a tales principios para justificar la despenalización de determinados tipos penales, como sucede con las faltas; para hacer interpretaciones laxas de determinados tipos penales de forma que únicamente sean sancionables los atentados más graves – como sucede con los delitos contra el honor o los societarios, donde pese a la difusa descripción del tipo penal, nuestros Jueces y Tribunales no dudan en derivar a la vía civil o mercantil los supuestos menos graves –; o para justificar la aplicación suavización de las penas previo acogimiento a las ventajas que ofrecen figuras como las atenuantes del Código penal o la rebaja de un tercio de la pena que permiten los juicios rápidos para el caso del reconocimiento de los hechos. Intentar luchar, por tanto, contra aquellos principios mediante la pretensión de una aplicación excesivamente rígida de otros contrapuestos como la legalidad o la presunción de

⁸⁶⁸ Vid. GORDILLO SANTANA, L. *Los principios constitucionales penales en el marco del proceso de mediación penal*, Redur, n° 4, 2006, disponible en internet en: http://www.larioja.org/upload/documents/474207_garantias_penales.pdf (consultado el 26 de marzo de 2014) que añade además el principio de respeto a la autonomía del sujeto, principio de protección de bienes jurídicos tras la comisión del hecho delictivo, o los de humanidad y proporcionalidad.

⁸⁶⁹ Vid. HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, op. cit., pág. 203 y ss.

inocencia es, por tanto, una batalla perdida. Entender tales principios como medios de persecución absolutos constituye, cuando menos, un entendimiento irreal de la aplicación del Derecho penal; razón por la cual la intervención mínima o la oportunidad han de interpretarse como elementos de flexibilización o matización de aquél.

(3).- Sentado lo anterior, es lo cierto que, como hemos podido apreciar a lo largo de todo este trabajo, los requisitos de perseguibilidad cuentan con carencias evidentes al no prever un control adecuado, ni por el legislador ni por el juez, de los delitos cometidos que pudieran quedar sin sanción pese a la clara alarma social que pueda producirse. Adicionalmente, el principio de protección de bienes jurídicos protegidos puede desaconsejar la exclusión del ámbito penal de determinadas conductas si, nuevamente, éstas generasen una especial alarma social.

Es por ello por lo que entendemos que el principio de intervención mínima, si bien no ampararía la exclusión y privatización de la punibilidad, si podría justificar un especial tratamiento de determinadas conductas siempre que se asegurase el cumplimiento de los fines del Derecho penal. Todo ello con un doble objetivo: en primer lugar, para aprovechar las ventajas y beneficios que también tiene el Derecho penal frente a otras jurisdicciones, como su función preventiva desde el punto de vista de la comisión del delito ante la amenaza de la persecución e imposición de sanciones severas; y, por otro lado, porque mediante la aplicación de esta tercera vía podríamos perseguir de mejor forma el fin resocializador y rehabilitador del delincuente.

Así, si como hemos visto, el legislador y parte de la doctrina que se han postulado a favor de la relajación de la intensidad del Derecho penal ante determinadas conductas que no llegan a despertar mayor alarma o interés social, y si las medidas actualmente aplicables resultan inadecuadas, parece apropiada la búsqueda de caminos alternativos que, sin derivar determinadas conductas a otras jurisdicciones como la civil o la mercantil, puedan dar efectivo cumplimiento a tales fines reparadores y resocializadores.

A pesar de que, como ya comentáramos capítulos atrás, el sistema penal lo conforman determinadas normas de carácter indisponible, nuestras leyes penales permiten la relación o atenuación de la pena en función de las circunstancias del caso. Así sucede,

como también acabamos de ver, con las distintas atenuantes, formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad previstas por nuestro Código penal. La mediación penal no puede ser vista, en consecuencia y por aplicación del principio de legalidad, como una posibilidad de archivar un procedimiento abierto pese a la constatación de la comisión de un delito. Ésta ha de ser entendida más bien como una forma de tener en cuenta a la víctima en el proceso, así como de poder de atenuar una determinada sanción atendiendo a las circunstancias del caso⁸⁷⁰. Todo ello, siempre bajo la supervisión de la autoridad judicial.

(4).- Finalmente, la justicia restaurativa habrá de incardinarse también dentro del principio de oportunidad reglada, debiendo de establecerse previamente en qué supuestos concretos cabría acudir a esta vía alternativa, bajo qué condiciones o con qué consecuencias. Es la única forma en la que la mediación podría casar razonablemente tanto con el principio de oportunidad como con el de legalidad.

Aun cuando efectivamente el principio de oportunidad encuentra su contrapunto en el de legalidad, conforme al cual parece que cualquier modelo de mediación penal carecería de encaje ninguno, no es menos cierto que éste supone una realidad cada vez más extendida entre nuestro Derecho penal, cuya aplicación sin duda alguna supondrá más ventajas que inconvenientes⁸⁷¹.

§ XVI. 3. 2. - Presunción de inocencia y confidencialidad

(1).- La mediación penal debe de respetar los principios y garantías que el proceso ya prevé para los imputados, de tal como que el paréntesis que una eventual mediación pueda suponer en el transcurso de aquél pueda suponer ninguna vulneración de sus

⁸⁷⁰ Desde esta perspectiva, entiende MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *La mediación penal en España: estado de la cuestión*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, op. cit., pág. 29, que la figura de la mediación, que encuentra su “hogar más confortable” en la reparación del daño, ni colisiona ni tensiona el principio de legalidad.

⁸⁷¹ Vid. DURBÁN SICILIA, L. *Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal*, op. cit., para quien “dando entrada a vías alternativas de solución de conflictos como la mediación, así como al principio de oportunidad, con los debidos mecanismos de control y garantías en cada caso, la respuesta del Estado sería más completa, más humana y, por qué no, también más eficaz.”

garantías⁸⁷². Desde esta perspectiva, el problema fundamental que recurrentemente viene siendo abordado por la doctrina, es precisamente el tratamiento que pueda darse a los datos manejados por los mediadores en el proceso. Más concretamente, la posible utilización que pudiera hacerse del expreso reconocimiento de la autoría del delito por parte del imputado, en caso de fracasar un eventual intento de mediación y tener que continuar con el procedimiento penal.

Ahora bien, aun siendo ésta una cuestión que por lo general suele atraer ciertas discusiones doctrinales, el procedimiento de mediación está marcado siempre por un principio de confidencialidad, conforme al cual cualquier aspecto tratado durante las entrevistas, reuniones o intentos de alcanzar algún tipo de acuerdo, deberán quedar al margen del procedimiento penal. En la medida en que únicamente trascenderá al Juez el acuerdo alcanzado entre las partes, este aspecto no debería entrañar demasiados problemas⁸⁷³. No en vano, en este aspecto la mediación no difiere demasiado de la conformidad, cuya admisión no genera ningún tipo de conflicto en cuanto a la confidencialidad de las partes, pese a que en este caso un eventual acuerdo también pasa por cierto reconocimiento de los hechos sobre los que girará la pena a imponer.

(2).- A partir de lo anterior, tampoco puede entenderse que la mediación vulnera en modo alguno el derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna. La aceptación por parte del presunto agresor a participar en el proceso de mediación no puede ser interpretada como una aceptación tácita de su culpabilidad, por mucho que el inicio del programa pase necesariamente por cierto reconocimiento de los hechos.

⁸⁷² Sobre los principios rectores que han de regir la mediación, tales como la voluntariedad, gratuidad para las partes, confidencialidad, oficialidad, flexibilidad y bilateralidad, vid. DÍAZ LÓPEZ, J. A. *Propuestas para la práctica de la mediación penal*, op. cit.

⁸⁷³ Vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *La mediación penal en España: estado de la cuestión*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, op. cit., págs. 34 y 35, para quien la salvaguarda de estos derechos podría reforzarse mediante la prohibición de que el mediador pueda declarar en el procedimiento, así como que el juez no pueda tener acceso al contenido de las sesiones, sino únicamente el acta con que la mediación concluye. Dicha autora relativiza no obstante dicha problemática, en la medida en que por lo general los asuntos a someter a un proceso de mediación serán aquellos en los que, o bien exista un reconocimiento expreso de la autoría de los hechos, o bien existe suficiente material probatorio sobre los mismos.

§ XVI. 3. 3. - *Ámbito de aplicación*

(1).- Una de las cuestiones más controvertidas en todo lo concerniente a la mediación penal es la delimitación de su alcance, es decir, el establecimiento de los límites y supuestos de hecho concretos en los que sería posible la interrupción temporal del procedimiento penal para someterlo a esta suerte de justicia alternativa. Ya hemos visto en este sentido que, v. gr., en nuestro sistema penal el art. 44.5 LOMPIVG prohíbe expresamente este modelo expresamente para los supuestos de violencia de género⁸⁷⁴; por el contrario, la Ley Orgánica de Prevención del Menor sí lo admite siempre que no nos encontremos ante delitos más graves.

Pues bien, aun partiendo de la base de que la posible satisfacción o resarcimiento de la víctima a través de la mediación no implica *per se* la elusión de una eventual sanción penal ante cualquier delito, sí entendemos que al menos dado el estado embrionario en que nos encontramos, sería recomendable restringir, quizás no únicamente a la denominada criminalidad bagatela, pero sí al menos a los supuestos menos graves. Efectivamente, la mediación no implica de *de facto* la despenalización de cualquier tipo de conducta delictiva, ni su sustitución por soluciones extrajudiciales similares a las que pudieran plantearse en el ámbito del Derecho privado, pues en muchos casos supondrá el reconocimiento de la autoría de los hechos y la imposición de la pena correspondiente. Asimismo, no podemos obviar, de hecho, que las experiencias piloto en nuestro país se han extendido, incluso, a delitos muy graves – incluso en delitos de

⁸⁷⁴ Si bien la doctrina mayoritaria parece postularse a favor la prohibición de mediación en estos casos. Vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *La mediación penal en España: estado de la cuestión*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, op. cit., págs. 36 y 37. Más ampliamente, vid. SÁEZ RODRÍGUEZ, C., *La estrategia penal contra la violencia de género en su complicado encaje con la mediación penal*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, op. cit., págs. 212 y ss. En favor de la mediación en los delitos de violencia doméstica, la autora hace referencia además a las numerosas experiencias de Juzgados y Tribunales en los que ésta se ha revelado eficaz en el tratamiento de delitos y faltas de base relacional, particularmente en infracciones relacionadas con violencia intrafamiliar. En su opinión, además “la reparación integral de las víctimas de los delitos – incluidas las de violencia de género – no consiste, pues, en eliminar o restringir su apreciación como circunstancia atenuante de la responsabilidad del infractor, sino en establecer herramientas que permitan acceder al conocimiento de las auténticas necesidades reparatorias de las víctimas y restablecerlas en su derecho por la vía más rápida y eficaz. Y no cabe duda de que esto se puede producir – se viene produciendo, de hecho – mediante acuerdos alcanzados entre infractor y víctima a consecuencia de un proceso de mediación penal, un método aplicable en principio a los procedimientos seguidos por toda clase de infracciones penales, que permite armonizar los diversos – pero no necesariamente opuestos – derechos de sus protagonistas en el seno del procedimiento penal, y asegurar el cumplimiento de sus fines de prevención, general y especial” (pág. 269).

terrorismo son públicas y notorias algunas prácticas en España en este sentido —, o que incluso las víctimas o sus familiares han tenido la iniciativa de dialogar con su agresor.

Ahora bien, como decimos, visto el carácter innovador de este tipo de prácticas absolutamente desconocidas en nuestra sociedad, parece que la introducción en nuestro Derecho penal, al menos de forma progresiva y paulatina, en aras a asegurar, no ya un adecuado comportamiento por parte de víctima y victimario, sino incluso de la eficacia y operatividad de las sanciones a imponer, o las implicaciones a nivel social o incluso político que podrían conllevar, resulta en nuestra opinión absolutamente razonable.

Frente a lo anterior, efectivamente podemos encontrar posiciones doctrinales que no descartan el sometimiento de los delitos más graves a este tipo de procesos⁸⁷⁵. No obstante, la doctrina más reciente, sin duda consciente de gravedad ínsita y la alarma social provocada por estos atentados, no renuncia en modo alguno a la necesidad de persecución y ulterior punición de éstos. Así es, estos defensores entienden que para estos casos existen buenas razones que exigen la previa existencia de una sentencia que reconozca expresamente la existencia y autoría del hecho criminal, así como la identidad de la víctima y la concreción del daño y, por último, el establecimiento de la correspondiente pena⁸⁷⁶. Resulta evidente, por tanto, que cuando de delitos muy graves se trata, la adopción de determinadas cautelas resulta obligada.

Es por ello por lo que, en estos supuestos, el objetivo esencial de la justicia restaurativa y de la mediación, más que la búsqueda de soluciones anticipadas o negociadas al proceso, sería la reconciliación a través de la superación y asunción de responsabilidades tras la comisión y punición del delito⁸⁷⁷. De este modo, entienden sus

⁸⁷⁵ Vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *La mediación penal en España: estado de la cuestión*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, op. cit., págs. 35 y ss., quien al tratar los hechos susceptibles de mediación entiende, v. gr., que no sería descartable para los delitos graves, especialmente en fase de ejecución penitenciaria.

⁸⁷⁶ SÁEZ VALCÁRCCEL, R. *Notas sobre la justicia restaurativa y delitos graves dialogando a partir de “reflexiones” y su viabilidad.*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, op. cit., págs. 176 y ss.

⁸⁷⁷ Vid. RÍOS MARTÍN, J. C. junto con otros autores, *Reflexiones sobre la viabilidad de instrumentos de justicia restaurativa en delitos graves*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, op. cit., págs. 156 y ss. quien señala la posibilidad de emplear estos mecanismos en delitos graves como, v.gr., muertes violentas o delitos de terrorismo. La reparación podría aportar efectos positivos desde el punto de vista de la superación de dolor personal de la víctima, conocer la verdad completa de lo sucedido, o incluso poder encontrar la paz individual y el sosiego espiritual. Éste, consciente de la delicadeza inherente al proceso, reconoce no obstante los riesgos inherentes a estas

defensores, se atenderían de forma mucho más eficaz los requerimientos y necesidades de las víctimas, así como la evitación de la ya reiterada *victimización secundaria*⁸⁷⁸.

(2).- Sentado lo anterior, las posibilidades de limitar la mediación son varias: (i) mediante el establecimiento de un *numerus clausus* de supuestos delictivos susceptibles de entrar en el programa; (ii) mediante el establecimiento de determinados requisitos que deba cumplir el supuesto de hecho – v. gr., aseguramiento de la reparación del daño; posibilidad real de rehabilitación del agresor; de conocimiento previo de la autoría de los hechos, etc. –; o (iii) mediante el establecimiento de un sistema mixto en el que la mediación se circunscriba tanto a un número determinado de delitos, como al cumplimiento de otras tantas exigencias.

A la vista de que ninguna de las disposiciones internacionales y europeas contiene directrices concretas sobre los límites y garantías de un procedimiento de mediación – más allá de recomendaciones más bien genéricas y referencias puntuales a algunos de los derechos de las víctimas y los agresores –, así como que en España el único precedente con el que contamos es el de la Ley Orgánica de Prevención del Menor, nuestro punto de partida a la hora de intentar delimitar una mediación para adultos habrá de ser este último. Dicho sistema, de carácter mixto, restringe la aplicación del programa sobre la base de los siguientes puntos: (i) limita el ámbito objetivo a delitos menos graves y faltas; y (ii) establece además el cumplimiento de las siguientes exigencias: a) inexistencia de violencia e intimidación; b) reconocimiento de la comisión del delito y del daño ocasionado; c) petición y aceptación de disculpas; d) imposición de sanciones en beneficio de la comunidad o de los perjudicados por la

figuras, empezando por los conflictos a los que pueden dar lugar incluso a nivel social y político – especialmente en materia de terrorismo –; razón por la cual habrá que ser especialmente cauteloso y cuidadoso en la elección de los protagonistas, utilización de medios de comunicación, posible revictimización de la víctima, etc. En aras a la evitación de consecuencias perniciosas, o incluso de usos fraudulentos de estas medidas, se proponen mecanismos como, v. gr., que los diálogos de justicia restaurativa puedan llevarse a cabo después del juicio y de una sentencia judicial que declare la verdad judicial.

⁸⁷⁸ Vid. SÁEZ VALCÁRCEL, R. *Notas sobre la justicia restaurativa y delitos graves dialogando a partir de “reflexiones” y su viabilidad*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, op. cit., págs. 182 y ss. Entiende el autor que “el objetivo fundamental de los diálogos reatauradores sería que las personas fuesen capaces de abandonar parte de su pasado, de superarlo, al menos fragmentariamente, de elaborar el duelo por los daños sufridos y perpetrados, respectivamente, de asumir sus responsabilidades y de encontrar un motivo que dé sentido a la vida y les permita seguir adelante”. En su trabajo, el autor hace referencia y diversos encuentros entre víctima y victimario – en nuestro país, en el marco del terrorismo de ETA –, como ejemplo de los efectos positivos de la justicia restaurativa; también a estudios científicos y doctrinales sobre la culpa y el arrepentimiento y, en ocasiones, la voluntad de reparar por parte del autor del delito.

agresión; e) en su caso, satisfacción de la responsabilidad civil; f) participación de un equipo especializado de mediación; g) control permanente por parte del Ministerio Fiscal; h) convalidación de todo el proceso por parte del Juez a través del archivo de las actuaciones.

Parece evidente, por tanto, que el establecimiento de un sistema mixto, a pesar de ser el que más límites y trabas va a poner a la mediación, sin duda alguna va a ser el más adecuado en orden a asegurar al máximo las garantías exigibles a todas las partes del proceso. A partir de lo anterior, en las líneas que siguen intentaremos apuntar esos límites máximos y mínimos que, al estilo ya apuntado por la mediación del menor, también debería contener la mediación de adultos.

(3).- En primer lugar, en cuanto a los requisitos que deberá contener el proceso de mediación, éste deberá empezar por estar en todo momento bajo la supervisión y control de la autoridad judicial. Aun cuando es inevitable admitir que la mediación penal supone hasta cierto punto una *reprivatización* de los conflictos sociales, que obviamente conllevaría una reducción de la capacidad de intervención estatal en el ámbito penal en favor de la solución extrajudicial de determinados conflictos sociales entre la víctima y su agresor, la intervención del *ius puniendi* a lo largo de todo el proceso es incontestable. De entrada, porque aun cuando la posible solución al conflicto fuese propuesta por las partes, carecerá de relevancia ninguna de no ir avalada por la potestad jurisdiccional del Juez – art. 117.3 CE –, pues dicho poder no puede ser suplantado por nadie ni sustituido por ningún ente, sea público o privado. Tal circunstancia no es óbice en modo alguno para dotar de cierta autonomía a los servicios de mediación, que evidentemente deberán adoptar una posición marcadamente diferenciada del Juez y del Ministerio Fiscal; pero siempre partiendo la base de la existencia de un órgano de control del proceso de mediación, que indudablemente deberá recaer en última instancia en la autoridad judicial, por ser quien, en definitiva, dirige todo el proceso penal donde se va a integrar el programa⁸⁷⁹.

⁸⁷⁹ Cfr. HEREDIA PUENTE, M. *Perspectivas de futuro de la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal*, La Ley, nº 7257, Sección Doctrina, 7 de octubre de 2009, año XXX, Ref. D-312, para quien la institución idónea para llevar a cabo el control del proceso de mediación es el Ministerio Fiscal que, al vehicularse en el proceso penal a través de la conformidad, será controlada judicialmente en sus resultados por los controles que la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede al Juzgador con respecto al instituto de la conformidad.

Adicionalmente, será insoslayable también el cumplimiento de otras exigencias de obligado cumplimiento⁸⁸⁰, estrechamente ligadas al objetivo marcado por este procedimiento. Nos referimos – y dejando de un lado, por obvias, circunstancias tales como la necesidad de que ambas partes se avengan voluntariamente a que su supuesto de hecho sea sometido a la mediación⁸⁸¹, que el agresor tenga que hacer un reconocimiento explícito de la autoría de la infracción, o que el mediador reúna ciertas aptitudes y experiencia –, a los siguientes tres requisitos: posibilidad real de reparar el daño; ausencia de reincidencia en los términos exigidos por el art. 22.8 del Código penal; e individualización de la víctima – lo que excluye la posibilidad de inclusión en el programa aquellos delitos con vocación de proteger bienes jurídicos protegidos supraindividuales –⁸⁸².

En cuanto al primero, porque obviamente, si la finalidad de la justicia alternativa retributiva reside en la búsqueda de vías eficaces de reparación de derechos vulnerados, es incuestionable que uno de los requisitos adicionales sea que la víctima pueda ver reparado el daño que se le ha ocasionado. Por tal motivo, uno de los principales delitos en los que la mediación puede prestar especial atención, serán los delitos contra el patrimonio en los que el daño sea fácilmente cuantificable y, por ende, resarcible.

El segundo requisito, visto todo lo dicho hasta ahora, es igualmente obvio dado que la finalidad de la mediación es posibilitar una mejor resocialización del sujeto activo mediante imposición de sanciones menos severas. Parece difícil que este objetivo pueda cumplirse si el agresor ya ha cometido el delito en más de una ocasión. De hecho, la posibilidad de utilización de esta vía por parte de delincuentes reincidentes podría resultar incluso fraudulenta y empleada únicamente con la finalidad de aprovecharse de

⁸⁸⁰ Cfr. RÍOS MARTÍN, J. C. *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*, junto con otros autores, op. cit., págs. 49 y ss., quien frente a lo aquí expuesto, entiende que “ningún delito puede quedar descartado de la mediación, salvo aquellos que den lugar a determinadas situaciones de desequilibrio de poder o desigualdad, como por ejemplo en el abuso sexual a un menor, situación que requiere de mayores garantías –informe específico del mediador y del Ministerio Fiscal–.”

⁸⁸¹ Este punto, aun siendo obvio, resulta especialmente relevante, razón por la cual resulta fuera de la mediación los delitos de violencia, donde el consentimiento puede resultar viciado dado el riesgo de que la víctima pueda verse en situación de inferioridad. Vid. al respecto MARTÍN RÍOS, M^a. P. *La exclusión de la mediación como manifestación de las no-drop policies en violencia de género: Análisis de la cuestión a la luz de la Directiva 2012/29/UE*, La Ley, nº 8016, Sección Tribuna, 5 de febrero de 2013.

⁸⁸² A las anteriores, añade DURBÁN SICILIA, L. *Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal*, op. cit., la posibilidad de prestar especial atención a los conflictos en el seno de relaciones que, por una u otra razón, previsiblemente perdurarán, como las relaciones laborales, vecinales, laborales, etc.

los beneficios implícitos a la imposición de una sanción mucho más favorable. Adicionalmente, las posibilidades de alcanzar los objetivos propios del programa serían absolutamente ilusorios en la medida en que, ni existirían garantías suficientes para asegurar la sinceridad del arrepentimiento supuestamente mostrado por el delincuente, ni que tampoco mediante esta vía íbamos a conseguir una mejor resocialización o rehabilitación.

La identificación de la víctima del delito será igualmente un requisito exigible – aun cuando sea una persona jurídica –⁸⁸³. Dado que la mediación tiene por objeto evitar la ya tantas veces citada *victimización secundaria*, mediante la búsqueda de procedimientos alternativos menos traumáticos en los que ésta tenga un mayor protagonismo, en el mismo instante en que, dada la especial naturaleza del delito, no existiese una víctima concreta, la mediación carecería de sentido⁸⁸⁴. Y lo mismo podríamos decir en el caso de delitos en masa, donde probablemente un número ingente de víctimas harían inviable este proceso. Para estos supuestos, resultaría más ajustada la conformidad, a través de la cual el agresor, alcanzando algún tipo de acuerdo con el Ministerio Fiscal, podría intentar conseguir de igual modo alguna forma de atenuación de la pena, o incluso la finalización anticipada del proceso penal.

(4).- Adicionalmente, entre los ilícitos penales susceptibles de entrar en el programa, no cabe duda de que, en primer lugar, y mientras sigan siendo sancionados por el Código penal, podríamos incluir a las faltas que reúnan los requisitos antes expuestos – reparación del daño, ausencia de reincidencia, etc. –. El razonamiento sería doble. De un lado, por tratarse de las infracciones menos graves de todo el Código penal; y, de otro, por estar estrechamente vinculadas al principio de oportunidad que, como hemos visto, justificaría el modelo de justicia alternativa. En la medida en que muchas de ellas,

⁸⁸³ Cfr. RÍOS MARTÍN, J. C. *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*, junto con otros autores, op. cit., págs. 52 y ss., para quienes, v. gr., en supuestos de delitos de peligro o peligro abstracto, como los que atentan contra la salud pública, una solución podría ser “la construcción de una víctima simbólica a través de personas que hayan sufrido adicciones a drogas, y trabajen o colaboran con entidades públicas o privadas dedicadas a tareas de desintoxicación o reinserción (...)”. Con carácter general, éstos no renuncian a la posibilidad de mediación en ningún supuesto, ni siquiera en supuestos de delitos graves o reincidencia.

⁸⁸⁴ Cfr., entre otros, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *La mediación penal en España: estado de la cuestión*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, op. cit., pág. 39, que v. gr. no descarta la mediación en los delitos contra bienes jurídicos protegidos, en la inteligencia de que los encuentros podrían producirse “con personas en atención a su condición no de víctima concreta pero sí de persona afectada por ese tipo de delitos, o con personas con capacidad de relatar las consecuencias de los mismos”.

admiten perseguibilidad únicamente de oficio, así como que en muchos casos la implicación del Ministerio público también va a ser menor, parece que no existen mayores problemas el sometimiento a los procesos de mediación.

En cuanto a los delitos, ya hemos visto que dadas las connotaciones que implica un eventual proceso de mediación, la necesidad de delimitar conforme a los principios de oportunidad y seguridad jurídica los tipos susceptibles de entrar en el programa, es indiscutible⁸⁸⁵. Desde esta perspectiva, la solución ofrecida por la mediación de menores al menos en lo que respecta a los delitos menos graves, debiera ser matizada.

La inclusión de las penas leves entendemos que no tienen mayores problemas, dado que ni tan si quiera entrañan penas de prisión privativas de libertad. Especialmente habida cuenta de que mediante la mediación no estamos eludiendo en modo alguno la imposición de la pena, pero sí su modulación e, incluso, la evitación por parte de unos y otros de tener que soportar la estigmatización – empezando por la “pena de banquillo” – que supone tener que soportar todo el proceso penal. Dada la escasa entidad de la ofensa que ofrecen delitos tales como, v. gr., los delitos contra el honor, no cabe duda de que siempre será mucho más beneficio para las partes la apertura de un proceso de mediación mucho más rápido que el penal, en el que las partes tengan oportunidad de dar las explicaciones y reconocimientos oportunos en cuanto a los hechos acaecidos, y establecer de mutuo acuerdo la sanción y reparación del daño ocasionado que posteriormente deba de ser aprobada por el Juez.

⁸⁸⁵ Algunos autores no descartan, empero, extender la aplicabilidad de la mediación a todos los delitos. Es el caso de ESTIRADO DEL CABO, C. *Cuestiones relevantes de derechos sustantivo y procesal de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y enjuiciamiento*, Estudios de Derecho Judicial, nº 136, 2007, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 2008., págs.. 207 y ss. Vid. también BARONA VILAR, S., *Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa*, Revista de Derecho Penal, Lex Nova, nº 26, enero 2009. Vid. también UMBREIT, M. S. / VOS, B. / COATES, R. B. / ARMOUR, M. P. *Victims of Severe in Mediated Dialogue with Offender: The Impact of the First Multi-site Study in the U.S.*, International Review of victimology, vol. 13, 2006, quienes ponen de manifiesto que en ocasiones con las propias víctimas por delitos graves quienes se posicionan a favor del programa de mediación. Cfr. SÁEZ VALCÁRCEL, R. *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Estudios de Derecho Judicial, nº 111, 2006, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 2007, que opta en cambio por restringir su ámbito a los delitos contra el patrimonio y a la mayor parte de las faltas. Otros, como DÍAZ LÓPEZ, J. A. *Propuestas para la práctica de la mediación penal*, op. cit., entienden que si bien la gravedad del delito no debiera, necesariamente, restringir tajantemente la posibilidad de mediar, sería necesario tener en cuenta otras circunstancias accesorias antes de concluir que ésta es posible: igualdad entre las partes, de forma que no exista ningún tipo de supremacía que pueda imponer condiciones de ningún tipo; las relaciones existentes entre las partes; o incluso la propia receptividad de los abogados hacia práctica de la mediación penal.

Cuestión distinta es el tratamiento que habrá de darse a los delitos menos graves, que si bien no sancionan atentados tan delicados como los previstos para los delitos más graves, sí contemplan no obstante supuestos de entidad y generadores de una mayor alarma social, razón por la cual aquí ya podemos encontrar sanciones privativas de libertad. Nos referimos a delitos tales como el aborto – donde, además, entre los perjudicados va a estar el concebido no nacido –; delitos contra la integridad; agresiones, abusos y acoso sexuales; contra la salud pública; o algunos delitos contra la Administración pública, como algunos supuestos de cohecho o tráfico de influencias, cuya alarma social es indiscutible.

No obstante lo expuesto, la aplicación de los límites objetivos a los que hemos hecho referencia anteriormente será suficiente para dejar fuera de la mediación los tipos delictivos más graves. Si como hemos propuesto, la mediación se reduce, entre otras cosas, a aquellos casos en los que sea posible individualizar la víctima y reparar materialmente el daño, en la práctica en programa quedará restringido prácticamente a los supuestos de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, y, dentro de ellos, a los supuestos donde las partes se avengan voluntariamente a la búsqueda de una solución mediada, donde no haya existido violencia y exista una posibilidad real de cuantificar y restituir el daño. Para estos casos, nuevamente, entendemos que el programa podría aportar muchas más ventajas que inconvenientes.

§ XVI. 4. - Conclusiones

(1).- Vista la inviabilidad de los requisitos de perseguibilidad, estamos obligados a explorar otras formas de participación de la víctima en el proceso penal, así como del reconocimiento expreso de su opinión o su interés particular en el devenir del mismo. Y, sin duda, la aplicación de un modelo de justicia retributiva alternativa, conforme a principios razonables de política criminal como mejor vía de reparación de derechos violados de las víctimas, junto con la rápida resocialización o rehabilitación del delincuente, es un complemento a tener en cuenta en el proceso penal.

Así, la conciliación a través del proceso de mediación y el acuerdo resultante pueden concebirse como una alternativa a los requisitos de perseguibilidad privados, pero sin llegar a anular el papel de la Administración de Justicia. En efecto, ni la justicia restaurativa, ni la mediación suponen una privatización absoluta de la justicia penal, porque corresponde al Estado, de un lado, definir y delimitar el marco de la mediación – sus límites objetivos, subjetivos, formales y estructurales –, y, de otro, garantizar el cumplimiento de las garantías procesales, evitando eventuales abusos que pudiesen ocurrir. Se trata más bien de incluir de una manera más activa a la víctima y al infractor en el proceso, con el objetivo de que la reparación, la responsabilización del daño, y la petición de perdón – disculpas –, no se realicen únicamente en el ámbito privado, sino también en el público, con la trascendencia social que permiten las salas de la administración de justicia.

(2).- De entre todos los modelos de justicia alternativa – *Alternative Dispute Resolutions* –, el que mejor encaje tiene en nuestro sistema penal es la *mediación penal*, que además de ser el más extendido, ha de ser interpretado como una vía complementaria y coetánea de aquél. Dentro de todas las variantes que ofrece esta figura, el más ajustado sería a su vez el clásico o tradicional adoptado por la escuela de Harvard, dirigido especialmente a delitos de menor gravedad, y que pasa irremediabilmente por el acercamiento voluntario entre las partes, en el reconocimiento de los hechos y reparación del daño por parte del agresor.

(3).- Tanto a nivel nacional como internacional ya es posible encontrar importantes avances en este tipo de modelos alternativos, como la *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal*, de 2007, que mediante pautas concretas anima a considerar a los Estados Miembros la posibilidad de formular estrategias y políticas nacionales encaminadas al desarrollo de la justicia restaurativa y a la promoción de una cultura propicia para la utilización de la justicia restaurativa, entre las autoridades policiales, judiciales y sociales y las comunidades locales. En el ámbito intracomunitario destacarían la *Recomendación R (99) de 15 de septiembre, sobre la mediación penal*, que establece determinados principios y fundamentos, y la *Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220)*, que

empuja igualmente que los Estados miembros procuren impulsar la mediación en las causas penales.

A nivel nacional, aun cuando aún no disponemos de ningún tipo de regulación específica, contamos con una experiencia en mediación en la Ley de Responsabilidad del Menor, que en su art. 19, como manifestación del principio de oportunidad y ante supuestos de delitos menos graves o faltas, faculta al Ministerio Fiscal a desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos. Dicho artículo regula además someramente el procedimiento y los requisitos sobre los que deberá girar todo el sistema, entre los que encontramos la convalidación final de todo el proceso por parte del Juez.

Adicionalmente, y en el ámbito de la mediación de adultos, nuestro Código penal ofrece determinadas herramientas en virtud de las cuales sería posible imponer medidas alternativas al agresor en el transcurso de un programa de mediación. De entre todas ellas, destacaría la reparación del daño como circunstancia atenuante que prevé el art. 21. La sustitución de la pena por una multa o la suspensión de la ejecución también podrían ser otros mecanismos útiles para favorecer la reparación del daño y evitar la imposición de sanciones excesivamente coercitivas hacia el sujeto activo del delito.

(3).- Aun cuando en España, la *mediación penal* de adultos se encuentra aún en fase experimental, bajo la supervisión directa del Consejo General del Poder Judicial, lo cierto es que los programas están teniendo actualmente una muy buena acogida, y los resultados positivos están siendo aplaudidos por nuestra doctrina.

Asimismo, la mayor eficacia de la mediación – o de la conformidad – frente a los requisitos de perseguibilidad privados es evidente. Aquéllos podrían operar mucho más eficazmente como mecanismo previo de solución del litigio que podría evitar incluso la tramitación completa del proceso (desde su apertura), o el trámite de ejecución, si bien la instrucción habría de absorber el grueso de los supuestos, al tiempo que podría posibilitar el resarcimiento de la víctima. Las ventajas son claras, pues mientras con el sistema actual únicamente se traslada al ofendido o agraviado la posibilidad de ponderar sus propios intereses y la conveniencia de ejercitar algún tipo de acción – según el tipo de ofensa proferida, y sopesándolo con otro tipo de factores tales como los costes

(económicos y temporales) del procedimiento, posibilidades de éxito, etc. –, la mediación posibilitaría acordar algún tipo de compensación por el daño evitando muchos de esos inconvenientes.

(4).- No obstante, y aun cuando los programas de mediación ofrecen mejores soluciones en cuanto a la problemática planteada por la perseguibilidad privada respecto de la aplicación de principios tales como el de oportunidad o mínima intervención del Derecho penal, sería necesaria una regulación expresa de los mismos. Y ello, con la finalidad, tanto de garantizar principios fundamentales como el de presunción de inocencia y confidencialidad, o incluso al objeto de garantizar su ámbito de aplicación.

Así las cosas, partiendo de nuestra previa experiencia en el ámbito de menores, una mediación de adultos, al menos en su fase inicial, debería pasar por el establecimiento de un sistema mixto en el que ésta se circunscriba tanto a un número determinado de delitos, como al estricto cumplimiento de otras tantas exigencias. Así:

- (a) Deberá de estar en todo momento bajo la supervisión de la autoridad judicial, por encima de la participación de los oportunos servicios de mediación e incluso del Ministerio Fiscal.
- (b) Dejando de un lado otros requisitos igualmente obvios como la necesaria voluntariedad mostrada por agresor y víctima a la hora de participar en el proceso o el reconocimiento de los hechos, sería igualmente exigible: (i) la constatación de una posibilidad real de reparar el daño; (ii) ausencia de reincidencia; y (iii) la posibilidad de individualización de la víctima.
- (c) Adicionalmente, los programas de mediación deberían limitarse a las faltas, y los delitos leves y menos graves. En cuanto a estos últimos, aun cuando en este colectivo encontramos algunos de cierta entidad – como el aborto, algunos delitos contra la libertad sexual y contra la salud pública, entre otros – la aplicación de los otros requisitos antes expuestos restringiría la mediación, prácticamente, a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

RESUMEN DE CONCLUSIONES

Extractando lo dicho a lo largo de los capítulos del presente trabajo, someto a discusión científica las siguientes tesis:

CAPÍTULOS I y II: La pretensión de *privacidad* del Derecho penal únicamente se materializa a través de la exigencia de denuncia y querella privadas en determinados tipos penales. Existen otro tipo de figuras de similar naturaleza, si bien los requisitos de perseguibilidad propiamente dichos son los únicos que conllevan una subordinación del *ius puniendi* en favor de los intereses exclusivamente privados del perjudicado u ofendido.

La perseguibilidad privada del Derecho penal ha existido casi desde sus mismos orígenes. Dejando de un lado los incipientes comienzos en los que la justicia se ejercía de forma personalista a través de la denominada *venganza de sangre*, hasta el nacimiento del Estado Moderno, es posible encontrar formas de privacidad semejantes a los aquí denominados delitos privados, esto es, en los que el ofendido o agraviado tenía plena capacidad de disposición del procedimiento de forma autónoma y sin el apoyo del Fiscal, aunque sometido en todo momento al control de un orden superior. Tal circunstancia venía propiciada básicamente por la inexistencia de una línea divisoria clara entre el Derecho público – penal – y el privado – civil –. Con el Derecho romano surgen los primeros esfuerzos por establecer tal distinción, ya que en función de la entidad de las distintas ofensas fueron paulatinamente distinguiéndose entre aquellas que merecían una persecución pública y la imposición de sanciones más graves, frente a otras que, por ser de interés exclusivo de su titular, debían encontrar su resarcimiento en una vía alternativa. Este proceso evolutivo culminaría con el pensamiento ilustrado que comenzó a finales del siglo XVII y con el surgimiento del Derecho penal moderno, momento en el cual los intereses de la víctima pasan definitivamente a un segundo plano, como consecuencia del surgimiento de un Derecho penal público como instrumento del Estado para garantizar la convivencia entre los miembros de la sociedad.

Sin embargo, el afán expansivo del Derecho penal, estrechamente relacionado con el hecho de que nuestro Código punitivo de 1995 contemple más tipos penales que nunca

sometidos a esta clase de condiciones, siendo algunos de los más recientes los que gozan de ese especial tratamiento privativo, está provocando una cierta involución al favorecer nuevamente esa confusión entre el Derecho público y el privado, aparentemente superada. De un lado, porque efectivamente, tal crecimiento ha provocado la ampliación del ámbito de influencia penal a materias que excederían en muchos casos lo que bien podríamos denominar el Derecho penal tradicional – v. gr., delito de abandono de familia e impago de pensiones (arts. 226 y 227), la mayoría de los delitos contra el mercado y los consumidores (arts. 278 a 283 y 286), o los delitos societarios (arts. 290 a 295) –. De otro, porque todos éstos son delitos inevitablemente vinculados a la esfera particular del ofendido, y que, al contrario de lo que sucede con los delitos clásicos, carecen de esa especial lesividad o alarma social que desde el nacimiento del Derecho penal moderno viene justificando la persecución pública de este tipo de atentados.

CAPÍTULO III: Junto a los requisitos de perseguibilidad privados, nuestras leyes penales contemplan otras tantas figuras que pueden evitar o condicionar la imposición de la correspondiente pena en función de las concretas circunstancias del caso. Esta suerte de excepciones conforma un grupo verdaderamente heterogéneo y difícilmente clasificable, que irían desde las causas genéricas de exención de la pena del art. 130 CP – muerte del reo, indulto, perdón del ofendido, etc. –, a otras específicas igualmente variadas – condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias, exenciones, inviolabilidades e inmunidades frente a la jurisdicción penal –.

Aun cuando la opinión mayoritaria tiende a equiparar la exigencia de *denuncia* o *querella privadas* con los *requisitos procesales*, existen dos elementos esenciales que obligan a considerar a esta figura de forma autónoma. De un lado, porque tanto la exigencia de previa denuncia o querella son excepciones dispuestas por el legislador, de similar naturaleza al resto de exenciones a la punibilidad, cuya finalidad no es otra que la de restringir la capacidad del *ius puniendi* para perseguir y sancionar determinados ilícitos dadas las circunstancias excepcionales que rodean al caso. Así, los requisitos de perseguibilidad difieren de los requisitos de procedibilidad propiamente dichos, relacionados más bien con circunstancias genéricas tales como el órgano que debe conocer sobre una materia, la persona legitimada para interponer la acción, o la innecesaridad de iniciar acciones porque ya existe resolución al respecto – cosa juzgada

– o, al menos, un procedimiento paralelo entre las mismas partes y sobre la misma materia – litispendencia –.

Por otro lado, porque, en este caso concreto, esa renuncia a sancionar un delito que se ha cometido reside en la *voluntad subjetiva* del ofendido o agraviado por el delito. En efecto, mientras todos los requisitos procesales ya citados se imponen de forma genérica en todas las causas penales para su correcta apertura y normal desarrollo procesal, sin depender en absoluto de la opinión de las partes, el sometimiento de un concreto delito a la previa interposición de denuncia o querrela es en realidad una nueva renuncia del *ius puniendi* a perseguir determinados ilícitos por unos motivos muy específicos estrechamente relacionados con las especiales características inherentes a los mismos.

Aun cuando efectivamente existen disparidades entre los requisitos de perseguibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad, lo cierto es que esa pretendida diferenciación – incluso también con otros institutos ya citados como las causas de extinción de la pena, exenciones, inviolabilidades, inmunidades, etc. –, nace de algunas premisas carentes de sentido. En primer término, porque a pesar de ser consideradas (incorrectamente) meras condiciones de procedibilidad, aquéllas están por lo general directamente conectadas con el delito. En segundo lugar, porque la pretendida delimitación del Derecho penal material y el procesal penal no parece posible: en opinión de una amplia mayoría doctrinal, en la medida en que las primeras son hechos objetivos que condicionan la punibilidad del delito, pertenecerían al Derecho penal *per se*; las segundas, supuestamente ajenas al injusto culpable y con efectos únicamente sobre la celebración del proceso penal, serían propias en cambio del Derecho procesal. Sin embargo, tal distinción resulta inviable dado que los presupuestos de perseguibilidad y las condiciones de punibilidad presentan equivalentes funcionales y su fundamento, tal y como las mismas están planteadas en la actualidad, confluye en razones utilitarias o de oportunidad y, sin duda, debieran ser globalmente incluidas en una idéntica categoría.

CAPÍTULO IV: Habida cuenta de que en este tipo de delitos tiende a primar el interés privado de la víctima en la persecución del delito, frente al público que caracteriza al Derecho penal, la justificación de este especial tratamiento suele descansar – se dice – en la naturaleza *especialmente disponible* de los respectivos bienes jurídicos protegidos

por cada uno de estos delitos. Ahora bien, en la medida en que también los delitos públicos tradicionales protegen bienes jurídicos de carácter igualmente personal y disponible – como la propiedad o la libertad – dicho argumento resulta insuficiente.

Junto a lo anterior, cuando hablamos de delitos privados, es frecuente acudir también a argumentos utilitarios tales como (a) la escasa entidad o el carácter no violento del delito; (b) los daños irreparables para la propia víctima que puede suponer la persecución, v. gr., al ver afectados derechos fundamentales propios como su propia intimidad; (c) la posibilidad de valorar a través de la víctima la entidad de la ofensa proferida; o (d) incluso el interés del legislador en potenciar acuerdos extrajudiciales y descargar a los Jueces y Tribunales de procedimientos de menor entidad. Tales opiniones, en definitiva, no hacen sino redundar en los principios de intervención mínima y oportunidad del Derecho penal, fundamentando este tipo de exigencias en un contexto descriminalizador de determinados hechos delictivos.

Sin embargo, el aseguramiento y aplicación de tales principios en modo alguno puede atribuirse en realidad al perjudicado u ofendido por el delito, al estar estrechamente relacionados con materias que no son obviamente competencia de la víctima, como la selección de bienes jurídicos nucleares a tutelar por el Derecho penal, la tipificación de las modalidades de ataque, o la evitación de criminalización de comportamientos meramente contrarios a la moralidad. Únicamente al legislador le compete decidir sobre la punición de una conducta o, subsidiariamente, a los Jueces y Tribunales a través de esa labor interpretativa que les ha sido encomendada en la aplicación de esos mismos tipos (en su caso, mediante la utilización del art. 4.3 CP). Dejando de lado evidentes distorsiones en relación con derechos fundamentales como la igualdad o la legalidad, justificar los delitos privados de este modo supondría trasladar al particular el poder de decisión sobre cuestiones tan complejas como el merecimiento y necesidad de la pena, es decir, que sea él mismo quien decida sobre la conveniencia de su reparación o sanción en el orden penal, algo que podría resultar excesivo.

CAPÍTULO V: El tratamiento que dispensa el Código penal a las distintas condiciones de perseguibilidad es exageradamente heterogéneo, tanto desde el punto de vista de la vía para iniciar el procedimiento, como de la persona facultada para interponer la

denuncia o querella, como de las excepciones a la regla general, en su caso. Tales circunstancias plantean problemas de difícil solución.

I. Por lo que respecta al ejercicio de la acción penal:

I.1.- Comenzando por la participación activa del Ministerio Público en cualquier procedimiento penal, ya sea público o en cualquiera de sus vertientes privadas, ésta debiera ser indiscutida conforme a los principios de legalidad, oficialidad y oportunidad. De entrada, porque el Fiscal está obligado a ejercitar la acusación por imperio de la ley, siempre que los hechos revistan caracteres de delito. Corresponde al Ministerio Fiscal la valoración sobre la idoneidad de la persecución de determinados delitos, atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

La excepción a la regla general que supone la persecución penal a instancias del ofendido carece por tanto de justificación. Incluso en los delitos contra el honor, en los que el legislador ha optado por ceder completamente la persecución del delito en favor del interés privado. En efecto, la sujeción al principio de legalidad impide que el Ministerio Público pueda mantenerse ajeno a la persecución de tipos delictivos en los que aquél ha apreciado suficiente entidad como para merecer una sanción penal. Especialmente incongruente resulta la admisión de la participación del Fiscal únicamente en los atentados menos graves contra el honor debatidos en sede civil, pero no de los más graves que corresponderían a la penal.

I.2.- Por lo que respecta a las acusaciones privadas, más que la mera interposición de denuncia, sería deseable optar directamente por el ejercicio de la acción penal privada a lo largo de toda la causa. El hecho de que cualquier ofendido por un delito perseguible a instancia de parte estuviese obligado a ejercer la pretensión penal, junto al Ministerio Fiscal, coadyuvaría a conjugar mucho mejor la pretendida especial disponibilidad del bien jurídico protegido. Se confirmaría así que (i) efectivamente la voluntad del ofendido es la de condenar al responsable por la comisión de aquellos delitos vinculados en ocasiones a bienes jurídicos especialmente disponibles – como manifestación, además, de la gravedad del perjuicio ocasionado –; así como (ii) la inexistencia de ningún tipo de intromisión injustificada a la intimidad achacable al proceso penal que impida su enjuiciamiento.

No debemos olvidar a este respecto que la simple denuncia actualmente exigida en este tipo de delitos no pasa de ser una mera acusación provisional, susceptible de ir variando conforme la instrucción penal vaya determinando el *factum* delictivo y sus presuntos responsables. Y dicha manifestación de voluntad no podrá hacerse definitiva sino hasta el momento de la apertura y celebración del juicio oral, mediante la delimitación del objeto del proceso y, por ende, de la acusación privada a través de las conclusiones definitivas.

I.3.- En cuanto a la acusación popular, su ejercicio no es absoluto y cuenta con determinadas limitaciones, como su inoperancia en determinados procesos penales, como el militar o el de menores y, probablemente, el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos previsto en los arts. 795 y ss. LECrim., y en los procesos por delitos exclusivamente privados. En relación con delitos perseguibles de oficio, es posible encontrar alguna resolución discrepante de Audiencias Provinciales en las que, no sólo se ha llegado a admitir la intervención de la acusación popular, sino incluso la iniciación del procedimiento penal por su parte. Sin embargo, y a la vista de la más reciente jurisprudencia dictada por nuestro Tribunal Supremo, la acción popular únicamente deberá tener presencia en los procesos por delitos públicos, cobrando especial importancia en aquellos supuestos en los que, dada la naturaleza del delito, y por afectar a bienes jurídicos supraindividuales, no exista posibilidad de personación de ningún tipo de acusación particular. Únicamente en estos casos será donde la figura del acusador popular podrá adquirir mayor virtualidad, como acusación independiente en defensa del interés general.

II.- Respecto de la exigencia de simple denuncia en lugar de siempre querella, lo cierto es que teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente en relación con la acusación privada, así como de la necesidad de exigir al ofendido o agraviado por el delito el ejercicio de la pretensión penal – por ser la auténtica declaración voluntad por la que articularíamos la persecución –, el conformarse con la mera denuncia resulta a todas luces insuficiente.

En efecto, dado que la denuncia es una mera notificación a la autoridad de unos hechos de apariencia delictiva, que deberán concretarse conforme avance la instrucción penal, y

sin necesidad de identificar al presunto autor del delito, es claro que el requisito casual con la supuesta finalidad de la privacidad del Derecho penal. Si el propósito de este régimen de perseguibilidad es asegurarse o, mejor dicho, obligar al ofendido de dejar constancia expresa de la voluntad de perseguir y sancionar una conducta ilícita llevada a cabo por determinada persona, sin duda que la interposición de querella privada ayudará mucho mejor a la consecución de tal fin (a) porque obliga a una mayor concreción de los hechos y a la identificación, siempre que sea posible, de su responsable; y (b) porque el ejercicio de la acción penal inherente a la querella obliga igualmente a confirmar sin género de dudas esa voluntad en el acto del juicio oral.

III.- De igual modo, y en consonancia con todo lo anterior, en la medida en que sería mucho más eficaz la exigencia del ejercicio de la pretensión penal hasta el final del procedimiento, cualquier renuncia o desistimiento respecto de la misma debiera conllevar automáticamente la finalización anticipada del proceso sin posibilidad de condena para el encausado, bien mediante el sobreseimiento de las actuaciones, bien mediante una sentencia absolutoria para el caso de no solicitar ningún tipo de condena en el momento de conclusiones definitivas. De este modo, no ya la eficacia del perdón del ofendido admitida en los delitos *privados* y *semiprivados*, sino incluso el mero desistimiento, renuncia o apartamiento de la acción, debiera extenderse también al resto de delitos que exigen la previa interposición de denuncia o querella.

CAPÍTULO VI: Los delitos perseguibles a instancia de parte plantean verdaderos problemas de interpretación. La concreción de muchos de estos aspectos y excepciones es extremadamente importante, pues es precisamente su interpretación la que en muchos casos anulará automáticamente ese componente de *privacidad* del delito, convirtiéndolo directamente en *público*.

I.- En cuanto a los términos *perjudicado*, *ofendido* y *agraviado*, aun cuando todos ellos guardan evidentes similitudes, las connotaciones y los requisitos varían sustancialmente. La diferencia estriba en que *agraviado* y *ofendido* se identifican con el sujeto pasivo del delito, esto es, con el titular del bien jurídico protegido por la norma bajo la cual la acción u omisión objeto del proceso se subsume. Éstos son, por tanto, quienes sufren directamente las consecuencias de la acción típica. Por el contrario, *perjudicado* es el

que sufre alguna consecuencia dañosa del hecho delictivo, sin ser titular del bien objeto de tutela.

Así, mientras la redacción que suele darse a los delitos perseguibles a instancia de parte no ofrece mayores problemas, al usar indistintamente el término ofendido – en los delitos contra el honor – o agraviado – en el resto –, el tenor literal de la prevista para la falta de homicidio imprudente resulta equívoca. Y es que, carece de toda lógica que, mientras en este precepto se quiera sancionar con pena de multa de uno a dos meses a quienes causaren la muerte de otra persona de modo imprudente, por otro lado se pretenda que esta infracción sea perseguible sólo mediante denuncia de persona agraviada o de su representante legal cuando (a) el agraviado no podrá interponer nunca esa denuncia por encontrarse fallecido, y (b) tampoco su representante por cuanto que no cabe la representación legal de fallecidos.

II.- En cuanto a la legitimación del Ministerio Fiscal en casos de *menores, incapaces y desvalidos*, la especial indefensión del colectivo justifica el interés del *ius puniendi* en sancionar aquellos ataques de especial gravedad. En efecto, en la medida en que atentar contra una persona especialmente indefensa como lo es un menor o un incapaz puede despertar una especial alarma social, es evidente la conversión a *público* de ese delito *semiprivado, semipúblico o cuasipúblico* está perfectamente justificada.

Uno de los problemas comúnmente planteados reside en qué hacer una vez alcanzada la mayoría de edad – o superada la incapacidad – durante la tramitación del procedimiento penal. En tal caso, cuando un representante inicia una acción penal por un delito privado o semipúblico, lo hace en nombre propio en vez de supliendo a la persona agraviada, siendo necesario que ésta tenga que ratificar la denuncia en el caso de alcanzar la mayoría de edad una vez iniciado el procedimiento penal.

III.- Por lo que respecta a la determinación del término *afectación de intereses generales*, la interpretación que se haga deberá ser conforme a los principios de intervención mínima y oportunidad que rigen en la perseguibilidad privada. Por *interés general*, la exigencia de un interés económico de envergadura nacional en el más amplio sentido del término podría resultar desmesurada, siendo recomendable entender más bien la afectación de los intereses de los consumidores con carácter general. Por tal

motivo, por intereses generales, es más ajustado interpretar la incidencia sobre géneros, mercancías o actividades esenciales que puedan afectar al buen desarrollo de intereses sociales o de la comunidad en cualquiera de los aspectos del tráfico mercantil.

Ahora bien, dada la pluralidad de delitos que admiten esta excepción, pueden darse supuestos en los que resulte innecesaria; en algunos casos parece que la tónica general será que las probabilidades de verse afectados los intereses generales pueden llegar a ser muy altas según el tipo en cuestión. Piénsese, v. gr., en el delito de alteración de precios en materias primas o productos de primera necesidad del artículo 281, que si bien es un tipo delictivo de difícil comisión, es evidente que llegado el caso los intereses de la comunidad siempre se verían siempre afectados. En consecuencia, el requisito de perseguibilidad para este concreto ilícito carecería por completo de sentido, pues de cometerse, dada su especial trascendencia, se convertiría inmediatamente en *público*.

Adicionalmente, admitir este tipo de excepciones en los delitos contra la intimidad, que junto con los que atentan contra el honor, son aquellos que conllevan una mayor carga de *privacidad* dado el carácter personalísimo de los bienes jurídicos protegidos, necesariamente obliga a replantear la posibilidad de extender salvedades parecidas al resto de los delitos que actualmente no admiten tal salvedad. En efecto, si la afectación de los intereses generales justifica de algún modo la reconversión de los delitos semiprivados en públicos, sería mucho más coherente admitir tal excepción en cualquier otro delito sometido a estas exigencias de perseguibilidad. No sólo al resto de los delitos semiprivados – daños imprudentes y faltas –, sino también al resto de los delitos objeto del presente estudio; no en vano, cuanto menor sea el componente de *privacidad* del delito, mayores las posibilidades de que el mismo pueda afectar a intereses generales o, incluso, a una pluralidad de personas.

IV.- Finalmente, la expresión *pluralidad de personas* debe ser interpretada, siguiendo estos mismo criterios, en el sentido de afectación a un grupo cuyos componentes no puedan ser fácilmente individualizados, justificándose por ello la excepción al régimen de denuncia previa. Por pluralidad de personas debe entenderse por tanto – en sentido interpretativo semejante a la delimitación del delito masa regulado en el art. 74 – un número plural de personas de las que objetivamente – y no como hipótesis – pueda afirmarse que han resultado perjudicadas de forma que generen una especial alarma

social. Dicho en otros términos, no será precisa la denuncia previa en supuestos en los que existe un interés público indubitado y no solo el interés, legítimo pero particular, de unos pocos titulares del bien objeto de tutela en el supuesto concreto, razón por la cual el legislador configura el hecho delictivo como delito público.

CAPÍTULO VII: Entrando ya en la justificación que pretende darse a cada uno de los delitos, lo cierto es que, ni desde un punto de vista sistemático, ni tampoco extrasistemático, es posible justificar la perseguibilidad privada de los delitos contra el honor. En función de la gravedad de cada uno de ellos, hubiera sido preferible optar directamente por su despenalización o, en su caso, por su consideración directa como delitos públicos en el Código penal. Fundamentalmente, porque como ya se ha expuesto la especial disponibilidad del bien jurídico protegido no es argumento suficiente para justificar, *per se*, ese especial tratamiento.

Las particularidades de estos ilícitos, empezando por su escasa entidad, podrán justificar que sean objeto de protección en el orden civil, pero en ningún caso determinadas modificaciones en la jurisdicción penal que lleguen al punto de confinar los intereses públicos y el *ius puniendi* a un verdadero segundo plano. Especialmente cuando las características relativas a la personalidad o la especial disponibilidad convergen también en otros bienes jurídicos protegidos tales como la propiedad o la libertad, sin que en modo alguno quepa plantarse la restricción de la perseguibilidad de los atentados que puedan producirse contra los mismos.

Adicionalmente, el principio de intervención mínima del Derecho penal, así como su carácter fragmentario y subsidiario, impone una especial cautela por cuanto estos ilícitos ya están siendo protegidos en la jurisdicción civil. Y, desde esta perspectiva, la privatización de este tipo de delitos en el orden penal resulta claramente injustificada, especialmente, cuando el ordenamiento español cuenta actualmente con suficientes leyes sustantivas y procesales *privadas* para perseguir con absoluta garantía este tipo de ofensas. Antiguamente, cuando no existía ningún tipo de legislación privada específica que regulase este tipo de ofensas, la protección penal podría tener cierta justificación, si bien desde la entrada en vigor de la LO 1/1982, parece carecer ya de sentido.

CAPÍTULO VIII: La especial gravedad de los delitos contra la intimidad y descubrimiento y revelación de secretos impide (a) que éstos puedan ser despenalizados tal y como debiera suceder con los delitos contra el honor, y (b) que no sea justificable su sometimiento a condición de perseguibilidad de clase alguna.

Habida cuenta de que los argumentos tradicionalmente esgrimidos por la doctrina para justificar la privacidad de estos ilícitos coinciden con los del honor, esto es, la especial disponibilidad y el carácter personalísimo del bien jurídico protegido, debemos reiterar, en coherencia con lo manifestado hasta ahora, que no debiera ser posible admitir la perseguibilidad privada en los delitos contra el secreto y la intimidad.

Su mayor trascendencia en relación con los delitos de injurias y calumnias impide igualmente la depuración por la vía civil. Desde esta perspectiva, el límite entre el ilícito penal y el civil de la LO 1/1982 reside, además de en una menor lesividad de la conducta, en que mientras el primero implica una injerencia en la intimidad mediante la captación de imágenes o comunicaciones en el ámbito privado, la segunda sería apreciable cuando esa captación ilícita tuviere lugar en lugares abiertos al público, en los que igualmente se protege el derecho a la intimidad, si bien de una forma mucho más laxa dada la especial exposición a otras personas.

CAPÍTULO IX: El carácter semiprivado del delito de daños cometidos por imprudencia descansa, conforme a la citada LO 3/1989, en los principios de mínima intervención y de oportunidad procesal. Sin embargo, tal y como hemos venido defendiendo hasta ahora, no es posible justificar la privacidad de ninguna clase de delito sobre la base de dichos principios, por lo que una vez más carece de verdadera justificación la exigencia de denuncia particular para perseguir los daños imprudentes.

Adicionalmente, existen otros argumentos que refuerzan aún más la imposibilidad dotar este tratamiento a estos ilícitos. Si la perseguibilidad privada de un determinado delito contra el patrimonio pretende basarse únicamente en razones de oportunidad y mínima intervención, lo mismo podría alegarse para extender ese mismo tratamiento a aquellos delitos que, aun no cometiéndose de forma imprudente, igualmente se acerquen a la cuantía mínima exigible en el tipo, que suele situarse en los 400 €. De lo contrario, nos

encontraríamos ante un tratamiento absolutamente arbitrario de unos ilícitos frente a otros.

Así las cosas, sin duda alguna hubiera sido más acertado empezar por retomar las importantes discusiones doctrinales acerca de si los delitos de daños admiten su realización imprudente, por comisión o por omisión, procediendo en consecuencia a despenalizar este tipo delictivo, reconvirtiéndolo en un mero ilícito civil.

CAPÍTULO X: Salvo excepciones concretas como la falta de injurias, la exigencia de previa interposición de denuncia en las faltas viene determinada, nuevamente, como consecuencia de la reforma despenalizadora de 1989. A partir de dicha modificación muchas de ellas dejaron de ser perseguibles de oficio, reservándose su persecución a la iniciativa privada. Esa paulatina despenalización de las faltas que tendría continuidad posteriormente con la entrada en vigor del Código penal de 1995, es muy probable que termine por la completa eliminación del Libro III del Código penal, tal y como así parece desprenderse de iniciativas recientes como la del actual Proyecto de Reforma del Código penal. Adicionalmente, las reformas procesales aprobadas en paralelo a la referida despenalización de las faltas, reflejan un evidente desinterés del legislador en este tipo de ilícitos al permitir la inasistencia del Fiscal a los procesos sobre faltas semipúblicas.

Las razones genéricas tales como la escasa entidad de la lesión o, una vez más, de oportunidad, en aras a descongestionar los Juzgados de asuntos de escaso interés general, resultan insuficientes para justificar la perseguibilidad de este tipo de ilícitos a instancias del agraviado. Adicionalmente, dadas las inevitables tensiones que produce la exigencia de previa interposición de denuncia en relación con el resto de las faltas públicas, hubiera sido mucho más ajustado optar directamente por su despenalización, contemplándolas como meros ilícitos administrativos o permitiendo las correspondientes indemnizaciones únicamente en el orden jurisdiccional civil.

CAPÍTULO XI: Tanto si atendemos al bien jurídico protegido en el delito de reproducción asistida sin consentimiento, como si lo comparamos con otro tipo de ilícitos de esta naturaleza, relativos a la libertad del individuo o a la reproducción de la mujer, el requisito de perseguibilidad del art. 161 resulta incoherente. No es posible

justificar tampoco esta exigencia acudiendo a razones genéricas tales como los principios de mínima intervención o de oportunidad.

En primer lugar, el delito de reproducción asistida no alcanza únicamente a proteger derechos personalísimos de la mujer, sino también muchos otros que irían desde aquellos que afectan a los propios del recién nacido, como a otros de carácter supraindividual como la no instrumentalización de la procreación humana o el control de las actividades de investigación. Desde este punto de vista, la perseguibilidad privada del art. 161 únicamente a instancias de la mujer no encuentra justificación. Además, aun cuando entendiéramos como bienes objeto de tutela únicamente los propios de la víctima, tampoco sería posible justificar razonablemente su perseguibilidad privada. En efecto, en la medida de que, en tal caso, a la libertad de procreación habría que añadir otros bienes como la integridad física o psíquica de la madre, carentes de esa condición privativa, tampoco aquí sería posible admitir este especial tratamiento.

A mayor abundamiento, la perseguibilidad privada del art. 161 choca frontalmente con la condición pública de otros tantos delitos con los que está estrechamente emparentado. Es el caso, entre otros, del delito de aborto no autorizado del art. 144 – auténtico reverso de la reproducción asistida no consentida, que no contiene ningún tipo de limitación en cuanto a su perseguibilidad –, los delitos de coacciones, o incluso con los delitos contra la libertad sexual – que si bien en unos casos admiten tal tratamiento privado, lo es en unas condiciones mucho más laxas que los aquí planteados –.

La formulación del requisito de perseguibilidad plantea además importantes carencias habida cuenta de que (a) no tiene en cuenta otros intereses en juego como los del progenitor varón – que sí contempla en cambio la regulación administrativa –, y (b) al igual que sucede con otros tanto delitos objeto de este estudio, el tipo penal podría plantear claros concursos de normas o de delitos, según los casos – con los delitos de coacciones, amenazas, lesiones o incluso en caso de muerte de la mujer – que podrían anular la pretendida eficacia del referido requisito de perseguibilidad privada.

CAPÍTULO XII: La necesidad de denuncia por parte del agraviado, tanto en el delito de abandono de familia como en el de impago de pensiones, adolece igualmente de justificación. En la medida en que ambos tipos penales tienen por objeto la protección

de intereses que efectivamente afectan a bienes jurídicos auténticamente esenciales desde el punto de vista de la subsistencia, la limitación de la perseguibilidad carece de sentido, debiendo perseguirse directamente de oficio. Dada la especial vulnerabilidad del colectivo que tales figuras pretenden proteger – miembros más desprotegidos de la familia –, la intervención del Ministerio Fiscal está absolutamente justificada, más allá de los típicos supuestos en los que se vean afectados menores, incapaces o desvalidos.

Asimismo, resulta improcedente la actual dependencia de la persecución privada de estos ilícitos sobre la base de una pretendida voluntad de favorecer posibles reconciliaciones o la unidad familiar. De un lado, porque el Derecho penal en estos concretos casos poco o nada tiene que ver con tales fines apaciguadores, sino más bien con la necesidad de evitar, o castigar, situaciones de verdadero desamparo y necesidad; y, de otro, porque el objeto de protección, más allá de la institución familiar en sentido abstracto – que de hecho estaría en fase de avanzada desestructuración en el caso del art. 226, y de acreditada descomposición en el del art. 227 –, reside en realidad en las necesidades y derechos individuales de los miembros más débiles.

Es más, incluso admitiendo como mera hipótesis que la razón última de ambos delitos sería la protección de la institución familiar, tampoco sería posible admitir la pretendida privacidad, por encontrarnos ante una cuestión que debería quedar al margen de la protección penal, debiéndose proteger exclusivamente en el marco de la jurisdicción civil. En este caso, tal medida sería incluso absolutamente recomendable en aras a evitar la utilización de este tipo de procedimientos con fines meramente pecuniarios y como medida de presión para obtener los alimentos debidos y no abonados.

En último lugar, la ineficacia del perdón del ofendido, entendida como forma de evitar que este tipo de procedimientos pueda ser utilizado de forma coactiva, bien para inducir al infractor a cumplir con el deber incumplido, bien para reforzar la posición de uno de los litigantes en el seno de un procedimiento civil de separación o de divorcio, carece igualmente de sentido. De un lado, porque ese mismo argumento, esto es, la utilización de la denuncia como mera coacción, podría utilizarse respecto de todos los delitos en el Código penal, pese a lo cual unos otorgan eficacia al perdón del ofendido y otros no. De otro, porque para el caso de ser fraudulenta la denuncia presentada, tal ilícita actuación sería subsumible en un delito de denuncia falsa, y como tal resultaría sancionado.

Adicionalmente, porque ese mismo “chantaje” podría producirse igualmente mediante la mera amenaza de denunciar tales hechos *ab initio*; en efecto, al ser hechos perseguibles únicamente a instancias del particular, éste podría utilizar su privilegiada situación y especial disposición para amenazar con iniciar el procedimiento de no verse satisfechas sus ilícitas pretensiones.

CAPÍTULO XIII: El requisito de perseguibilidad en los delitos contra los consumidores y usuarios ha sido objeto de importantes modificaciones a lo largo de los últimos años, siempre en la línea de *desprivatizar* algunos de los tipos que en origen, con la primera versión del Código penal de 1995, sí exigían interposición de previa denuncia del agraviado – delitos contra la propiedad intelectual e industrial, maquinación para alterar el precio de las cosas, uso indebido de información privilegiada –. Todo ello, pese a que paulatinamente, y también a través de las sucesivas reformas acaecidas desde entonces, el abanico de delitos incluidos en dicho apartado no deja de crecer. Tal circunstancia responde a la inoperatividad de la perseguibilidad privada en este tipo de delitos.

Nos encontramos ante la primera vez en que es posible apreciar la afectación de intereses colectivos frente a intereses individuales de la víctima. Hasta ahora, la justificación del sometimiento de la perseguibilidad a la voluntad de la víctima pretendía apoyarse, en mayor o menor medida, en la especial disponibilidad del bien jurídico afectado. Por este motivo, la redacción el art. 287.1 no deja de causar cierta sorpresa, especialmente en la redacción dada tras la LO 15/2003, al modificar el precepto en el sentido de que el ámbito de aplicación del requisito de perseguibilidad lo limitan ahora los delitos incluidos únicamente en la Sección 3ª, es decir, únicamente a los que en teoría afectarían al mercado y a los consumidores. A partir de dicho momento, es evidente que la exigencia del requisito de perseguibilidad poco o nada tiene que ver con la especial disponibilidad del bien jurídico protegido.

Así, el sometimiento de estos delitos a algún tipo de condición de perseguibilidad carece, una vez más, de sentido. En efecto, resulta verdaderamente paradójico que dicha reforma supusiese precisamente la exclusión de la perseguibilidad privada en los atentados contra la propiedad intelectual e industrial, que afectaban esencialmente a los intereses privados de la víctima. Especialmente cuando en opinión de ciertos sectores, la exigencia de previa denuncia del agraviado parecía justificarse más claramente en estos

delitos. Máxime, también, cuando no es descartable que, dado lo novedoso de muchos de estos tipos penales – por su reciente incorporación al Código penal en la mayoría de los casos – es posible, incluso, que las propias víctimas no sean conscientes de estar sufriendo un delito; en efecto, no es descartable que consumidores minoritarios consideren los excesos de las empresas con primacía en el mercado como parte de las vicisitudes del mercado, sin ser conscientes de que algunas prácticas pudieran ser perseguibles en sede penal.

Por otro lado, si todos esos ilícitos están ya regulados de algún modo en otras legislaciones tales como la mercantil o la administrativa, quienes evidentemente ya se ocupan de sancionar aquellos atentados menos lesivos, es claro que el principio de intervención mínima ya está debidamente atendido por la legislación penal. No es necesaria la exigencia de la denuncia del agraviado para justificar la no intervención del Derecho penal, cuando éste entienda que el daño ocasionado es de insuficiente entidad para iniciar la acción penal, sino que corresponderá en todo caso al *ius puniendi* la decisión sobre una eventual remisión de la causa a otro tipo de orden jurisdiccional para sancionar aquellas conductas carentes de alarma social suficiente dada su escasa entidad.

CAPÍTULO XIV: Por lo que respecta a los delitos societarios, aun cuando efectivamente pudiera pensarse que los principios político criminales que justifican este requisito son los de irrelevancia y *ultima ratio*, causa cierta sorpresa que este requisito no se exija para los delitos patrimoniales clásicos, sino únicamente cuando el delito en cuestión haya sido cometido en el seno de las sociedades mercantiles. Nótese a este respecto lo paradójico que resulta que el delito de apropiación indebida no sea perseguible a instancia de parte cuando, según opinión del Tribunal Supremo, los elementos típicos coinciden con los del delito de administración desleal. Por este motivo, no queda claro el fundamento de las condiciones de perseguibilidad en los delitos societarios.

Por otro lado, resulta aún más incongruente la pretensión del legislador de aludir al principio de intervención mínima para defender la privacidad de estos delitos, cuando éste nunca ha sido respetado en la regulación de estos ilícitos en sede penal, habida cuenta la extralimitación evidente en relación con determinados comportamientos que ya se encontraban regulados en las legislaciones civil y mercantil.

CAPÍTULO XV: Las carencias que presentan los delitos contra la libertad sexual, en lo que respecta a su perseguibilidad, son las que han obligado al legislador a replantearse en varias ocasiones la regulación de la exigencia de denuncia o querrela, otorgando al Ministerio Público cada vez mayor protagonismo y autonomía.

Dada la entidad de los bienes jurídicos objeto de tutela en este tipo de delitos, no es posible admitir la limitación de la perseguibilidad a la mera voluntad de la persona agraviada. Las agresiones contra la libertad sexual, así como cualesquiera otros delitos contra la libertad en general, conllevan atentados de demasiada gravedad y repercusión social como para admitir la renuncia del *ius puniendi* a perseguirlos so pena de cualquier excusa.

Al igual que ocurriera con otros ilícitos ya referidos, la perseguibilidad privada de algunos de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual parece justificarse con el marcado carácter personalista del bien jurídico protegido, la evitación de que la víctima se vea afectada por la trascendencia de la agresión, los evidentes miedos y angustias padecidos, el perjuicio objetivo que sin duda causará hacerla pasar por la investigación y enjuiciamiento, e incluso por posibles encuentros con el sujeto activo. Nos encontramos por tanto ante justificaciones de tipo victimológico.

Sin embargo, la trascendencia y repercusión social de estos atentados impide restringir en modo alguno la perseguibilidad de este tipo de delitos, razón por la cual se hace necesaria la búsqueda de otros medios de protección de la víctima que en modo alguno puedan llegar a entorpecer, ni desde luego, impedir la apertura del procedimiento penal. Un claro y acertado ejemplo de ello serían leyes como la 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, tendentes precisamente a evitar este tipo de dolorosos episodios durante la tramitación del procedimiento penal.

CAPÍTULO XVI: Vista la inviabilidad de los requisitos de perseguibilidad, estamos obligados a explorar otras formas de participación de la víctima en el proceso penal, así como del reconocimiento expreso de su opinión o su interés particular en el devenir del mismo. Las conciliaciones a través de procesos de mediación y acuerdos pueden

concebirse como una alternativa a los requisitos de perseguibilidad privados, pero sin llegar a anular el papel de la Administración de Justicia. En efecto, ni la justicia restaurativa ni la mediación suponen una privatización absoluta de la justicia penal, porque corresponde al Estado, de un lado, definir y delimitar el marco de la mediación – sus límites objetivos, subjetivos, formales y estructurales –, y, de otro, garantizar el cumplimiento de las garantías procesales, evitando eventuales abusos.

De entre todos los modelos de justicia alternativa, el que mejor encaje tiene en nuestro sistema penal es la *mediación*, que además de ser el modelo más extendido, ha de ser interpretado como una vía complementaria y coetánea de aquél. Dentro de todas las variantes que ofrece esta figura, el más ajustado sería a su vez el clásico o tradicional adoptado por la escuela de Harvard, dirigido especialmente a delitos de menor gravedad, y que pasa irremediabilmente por el acercamiento voluntario entre las partes, y en el reconocimiento de los hechos y reparación del daño por parte del agresor.

Tanto a nivel nacional como internacional ya es posible encontrar importantes avances en este tipo de modelos alternativos, como la *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal*, de 2007, que mediante pautas concretas anima a considerar a los Estados Miembros la posibilidad de formular estrategias y políticas nacionales encaminadas al desarrollo de la justicia restaurativa y a la promoción de una cultura propicia para la utilización de la justicia restaurativa, entre las autoridades policiales, judiciales y sociales y las comunidades locales. En el ámbito intracomunitario destacarían la *Recomendación R (99) de 15 de septiembre, sobre la mediación penal*, que establece determinados principios y fundamentos, y la *Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*, que empuja igualmente que los Estados miembros procuren impulsar la mediación en las causas penales.

A nivel nacional, aun cuando todavía no disponemos de regulación específica, contamos con una experiencia en mediación en la Ley de Responsabilidad del Menor, que en su art. 19, como manifestación del principio de oportunidad y ante supuestos de delitos menos graves o faltas faculta al Ministerio Fiscal a desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos. Dicho artículo

regula además someramente el procedimiento y los requisitos sobre los que deberá regirse el sistema, entre los que encontramos la convalidación final de todo el proceso por parte del Juez. Asimismo, aun cuando en España, la mediación de adultos se encuentra aún en fase experimental, bajo la supervisión directa del Consejo General del Poder Judicial, lo cierto es que los programas están teniendo actualmente una muy buena acogida, y sus resultados positivos están siendo aplaudidos por nuestra doctrina.

En relación con los delitos sometidos a algún tipo de requisito de perseguibilidad, la mayor eficacia de la mediación – o de la conformidad – es evidente. Ésta podría operar como mecanismo previo de solución del litigio para evitar incluso la tramitación completa del proceso (desde su apertura), o el trámite de ejecución, si bien la instrucción habría de absorber el grueso de los supuestos, al tiempo que posibilitaría el resarcimiento de la víctima. Las ventajas son evidentes, pues mientras con el sistema actual únicamente se traslada al ofendido o agraviado la posibilidad de ponderar sus propios intereses y la conveniencia de ejercitar algún tipo de acción – según el tipo de ofensa proferida, y sopesándolo con otro tipo de factores tales como los costes (económicos y temporales) del procedimiento, posibilidades de éxito, etc. –, la mediación posibilitaría acordar algún tipo de compensación por el daño evitando muchos de esos inconvenientes, pero siempre bajo la supervisión de la autoridad judicial.

No obstante, y aun cuando los programas de mediación ofrecen mejores soluciones en cuanto a la problemática planteada por la perseguibilidad privada respecto de la aplicación de principios tales como el de oportunidad o mínima intervención del Derecho penal, sería necesaria una regulación expresa de los mismos. Y ello, con la finalidad, tanto de garantizar principios fundamentales como el de presunción de inocencia y confidencialidad, o incluso al objeto de garantizar su ámbito de aplicación.

Así, partiendo de nuestra previa experiencia en el ámbito de menores, una mediación de adultos debería pasar por el establecimiento de un sistema mixto en el que ésta se circunscriba tanto a un número determinado de delitos, como al estricto cumplimiento de otras tantas exigencias. Así:

- (a) Deberá de estar en todo momento bajo la supervisión de la autoridad judicial, por encima de la participación de los oportunos servicios de mediación e incluso del Ministerio Fiscal.
- (b) Dejando de un lado otros requisitos igualmente obvios como la necesaria voluntariedad mostrada por agresor y víctima a la hora de participar en el proceso o el reconocimiento de los hechos, sería igualmente exigible (i) la constatación de una posibilidad real de reparar el daño; (ii) ausencia de reincidencia; y (iii) posibilidades de individualización de la víctima.

Adicionalmente, los programas de mediación deberían limitarse a las faltas, y los delitos leves y menos graves. En cuanto a estos últimos, aun cuando entre este colectivo encontramos algunos de cierta entidad – como el aborto, algunos delitos contra la libertad sexual y contra la salud pública, entre otros – la aplicación de los otros requisitos antes expuestos restringiría la mediación, prácticamente, a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

En el anterior sentido, pues, la solución alternativa – de mediación – que se propone podría parecer parcial, ya que solo abarcaría a algunos de los delitos sometidos actualmente a requisitos de perseguibilidad. Sin embargo, no es así, pues recuérdese que para el resto, la propuesta que este trabajo realiza es de supresión – o profundización en las medidas de protección de la víctima, como sucede en los delitos sexuales – de tales requisitos de perseguibilidad, tal y como hemos justificado a lo largo de los diversos capítulos. Por ello, en definitiva, sí podemos concluir que se defiende, con mayor o menor acierto, y en todo caso sometido a discusión científica, una alternativa de solución global a la problemática de la perseguibilidad privada en el Derecho penal, mediante una doble vía: supresión, en unos casos – justificadamente –, y mediación en otros.

BIBLIOGRAFÍA

ALBACAR LÓPEZ, J. L., *Aspectos jurídicos de la inseminación genética: inseminación artificial*, La Ley, vol. 4, 1985, págs. 1052 y ss.

ALCÁCER GUIRAO, R., *La mediación penal y la atenuante de reparación. Similitudes y criterios de aplicación*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (Coords. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P.), REUS, Madrid, 2011.

ALONSO ÁLAMO, M., *Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales*, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1983, Tomo XXXVI, págs. 127 y ss.

ALONSO PÉREZ, F., *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Colex, Madrid, 2003.

ALONSO RIMO, A., *Los efectos extintivos del perdón del ofendido. Un análisis interpretativo de su regulación legal en los Códigos 1973 y 1995*, en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. I., Universidad de Valencia, 1998.

-- *Víctima y Sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ALSCHULER, A. W. *The Trial Judge's role in Plea Bargaining*, Columbia Law Review, vol. 7, 1976.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G., *El llamado delito de violación en el nuevo Código penal. La jurisprudencia sobre el delito de violación del período 1989-1996*, en *Delitos contra la libertad sexual* (Dir. Álvarez Álvarez, G.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., *¿Por qué la mediación penal?*, La Ley, nº 7699, Sección Doctrina, 21 de septiembre de 2011, año XXXII, Ref. D-346.

ANDRÉS DOMINGUEZ, A. C., *Comentarios al Código penal* (Dir. GÓMEZ TOMILLO, M.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

ARAGONESES ALONSO, P., *Instituciones de Derecho procesal penal*, 3ª Ed., Graf. Rubí, Madrid, 1981.

ARAGONESES MARTINEZ, S., *Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección*, Revista de Derecho Procesal nº 2, 1995 págs. 417 y ss.

ARIAS EIBE, M. J., *Las agresiones sexuales en el Código Penal español: estado actual de la cuestión*, Actualidad Penal, La Ley, Sección Doctrina, 2001, Ref. XVII.

ASENCIO MELLADO, J. M., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991.

AYO FERNÁNDEZ, M., *Las Faltas en el Código Penal y el Juicio de Faltas*, 6ª Ed., Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005.

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos contra el honor*, en Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa” (Dir. JAÉN VALLEJO, M, MORENO Y BRAVO E. y SILVA CASTAÑO Mª L.), Dykinson, Madrid, 2000.

-- *Curso de Derecho penal económico*, 2ª Ed., Marcial Pons, Barcelona, 2005.

-- *Teoría y práctica del derecho penal. Tomo II*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

BAJO FERNÁNDEZ, M. *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II* (Dir.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.

-- *El proyecto de Código Penal y el art. 38 de la Constitución*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad Santiago de Compostela, La Coruña, 1980.

-- *Delitos de prevalimiento de situación mayoritaria*, en *El nuevo Código penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, 1997.

-- *Compendio de Derecho penal. Parte Especial. Volumen I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S. *Derecho penal económico*, 2ª Ed., Ramón Areces, Madrid, 2010.

BAJO FERNÁNDEZ, M./DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J., *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, Tomo III, *Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 3ª Ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.

BANACLOCHE PALAO, J. *Las partes en el proceso penal, en Aspectos fundamentales del derecho procesal penal*, La Ley, Madrid, 2010.

-- *El futuro de la acción popular: límites, en Jornada: La reforma del proceso penal: principios rectores del nuevo sistema de justicia penal para el siglo XXI*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 25 de octubre de 2012, disponible en internet en: http://sgfm.elcorteingles.es/SGFM/FRA/recursos/doc/2012/Ponencias/Octubre/7153345_210201213816.pdf (consultado el 24 de marzo de 2014).

BARONA VILAR, S., *Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa*, Revista de Derecho Penal, Lex Nova, nº 26, enero 2009, págs. 11 y ss.

BENÍTEZ ORTUZAR, I. F., *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación Genética humana*, Edersa, Madrid, 1997.

BELING, E. VON, *Derecho procesal penal*, Lábor, Madrid, 1943, traducido por FENECH, M.

-- *La doctrina del delito-tipo*, Depalma, Buenos Aires, 1944, traducido por SOLER, S.

BELLO LANDROVE, F., *La familia y el Código penal español*, Montecorvo, Madrid, 1977.

-- *Infracciones contra el honor: algunas cuestiones relevantes*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, vol. 92, nº 5, Reus, Madrid, 1986.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid, 1987.

BERNAL DEL CASTILLO, J., *Honor, verdad e información*, Universidad de Oviedo, 1994.

-- *El delito de injurias*, Diario La Ley, 1996, Ref. D-108, Tomo 2.

BIBAS, S., *Plea bargaining outside the shadow of trial*, Harvard Law Review, Vol. 117, Nº 8, junio de 2004.

BLANCO CORDERO, I., *Comentarios al Código penal* (Dir. GÓMEZ TOMILLO, M.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

BOVINO, A., *Justicia penal y derechos humanos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005.

BOIX REIG, J./ANARTE BORRALLLO, E., *Derecho penal. Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales*, Iustel, Madrid, 2010.

BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de política criminal*, 2ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BONESANA, C. (Marqués de BECCARIA), *Tratado de los delitos y las penas*, Heliasta, Brasil, 1993.

BRAITHWAITE, J., *Restorative justice: Assessing optimistic and pessimistic accounts*, en *Crime and justice: A review of research*, Ed. Michael Tonry, Chicago, 1999.

-- Encourage Restorative Justice, Criminology and Public Policy, 2007.

BUENO ARÚS, F., *Análisis de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político criminal de la reforma española de 1999*, en *Delitos contra la libertad sexual* (Dir. Díez Ripollés, J. L.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

BÜLOW, O. v., *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964, traducido por ROSAS LICHTSCHEIN, M. A.

BUFETE RAMÓN HERMOSILLA, *Los delitos societarios del Código penal de 1995*, Mac Graw-Hill - Compañía General de Inversiones, Madrid, 1996.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal*, La Ley Penal, nº 86, Sección Criminología, octubre de 2011, págs. 6 y ss.

CALDERÓN A./CHOCLAN J. A., *Derecho penal. Parte General. Tomo I*, Bosch, Barcelona, 1999.

-- *Derecho penal. Parte Especial. Tomo II*, Bosch, Barcelona, 1999.

CALDERÓN SUSÍN, E., *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal* (Dir. SORIANO SORIANO, J. R.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

CANCIO MELIÁ, M., *Delitos contra la libertad sexual*, en *Comentarios al Código penal* (Dir. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Coord. JORGE BARREIRO, A.), Cívitas, Madrid, 1997.

CARMONA SALGADO, C., *Derecho penal español. Parte especial* (Coord. COBO DEL ROSAL, M.) Dykinson, Madrid, 2004.

-- *Derecho penal español. Parte especial* (Coord. COBO DEL ROSAL, M.) Dykinson, Madrid, 2005.

-- *Comentarios al Código penal* (Dir. GÓMEZ TOMILLO, M.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

CARUSO FONTÁN, M^a. V. *El delito de calumnias y la protección al honor*, Difusión Jurídica, Madrid, 2008.

CASTILLEJO MANZANARES, R., *El mecanismo de mediación en el proceso penal, en Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, La Ley, Madrid, octubre 2010.

CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

-- *Análisis teórico-práctico de la condición objetiva de procedibilidad en los delitos societarios (especial referencia a la legitimación activa del Ministerio Fiscal)*, Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal nº 19, 2008, págs. 47 y ss.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, Tomo III*, 6ª Ed., Tecnos, Madrid, 2004.

COBO DEL ROSAL, M./VIVÉS ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., *La mediación en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y su reglamento*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (Coords. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P.), REUS, Madrid, 2011.

CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

-- *Manual práctico de Derecho penal. Parte Especial*, junto con otros autores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

CHRISTIE, N., *Conflict as property*, The British Journal of Criminology, Vol. 17, 1977.

CUÉLLAR OTÓN, P./HERNÁNDEZ RAMOS C., *La experiencia en mediación penal de la Audiencia Provincial de Alicante*, La Ley Penal, nº 56, enero de 2009, págs. 115 y ss.

CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte General*, 3ª Ed., Dykinson, Madrid, 2002.

DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *La reproducción asistida humana sin consentimiento. Aspectos penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *La intervención facultativa del Ministerio Fiscal en el juicio de faltas semipúblicas*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 150, mayo 1994.

-- Protección del sistema financiero, La Ley, nº 5865, 7 de octubre de 2003.

CHOZAS ALONSO, J. M., *Los presupuestos procesales en el proceso penal y su tratamiento procesal*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, ISSN 1138-039X, nº 1, 2007, págs. 199 y ss.

DÍAZ LÓPEZ, J. A., *Propuestas para la práctica de la mediación penal*, INDRET, nº 3, Barcelona, julio de 2011.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, La Ley, Sección Doctrina, Ref. D-228, Tomo 4, 1996.

-- *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*, (Dir. BAJO FERNÁNDEZ, M.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J./POLO VEREDA J., *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual*, en *Delitos contra la libertad sexual* (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

-- *El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual*, Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª época, nº 6, Madrid, 2000, págs. 215 y ss.

DOMINGO DE LA FUENTE, V., *Justicia restaurativa y mediación penal*, Lex Nova, nº 23/2008, págs. 33 y ss.

DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. M^a., *Las figuras de abandono de familia en sentido estricto*, Dykinson, Madrid, 2005.

D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1977.

DURBÁN SICILIA, L., *Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal*, La Ley, nº 73, Sección Estudios, julio 2010, pág. 3.

ESCOBAR JIMÉNEZ R./DEL MORAL GARCÍA, A., *La violación: ¿delito público o semipúblico? (sobre la conveniencia de configurar la violación como delito perseguible de oficio)*, Actualidad Penal, nº 33, Madrid, septiembre 1993, págs. 493 y ss.

ESCUDERO, J. F./GARCÍA, M. C., y otros autores, *Delitos societarios, de la receptación y contra la Hacienda pública*, Bosch, Barcelona, 1998.

ESTÉVEZ, Á./ARROYO, M^a C./GANZENMÜLLER, C./ESCUDERO, J. F./FRIGOLA J., *Las faltas*, Bosch, Barcelona, 1998.

ESTIRADO DEL CABO, C., *Cuestiones relevantes de derechos sustantivo y procesal de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y enjuiciamiento*, Estudios de Derecho Judicial, nº 136, 2007, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 2008, págs. 207 y ss.

ESTRADA ALONSO, E., *El Derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Cívitas, Madrid, 1989.

ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., *Justicia restaurativa y fines del Derecho penal*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (Coords. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P.), REUS, Madrid, 2011.

FARALDO CABANA, P., *Rasgos comunes a todos los delitos societarios. Los artículos 296 y 297 del Código penal de 1995*, en *El nuevo Código penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, 1998.

-- *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *Ministerio Fiscal entre legalidad y oportunidad*, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 11/2004, Aranzadi.

FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, A., *La protección penal o civil del honor*, La Ley, nº 6744, Sección Doctrina, 17 de junio de 2007, año XXVIII, Ref. D-150.

FERNÁNDEZ LÓPEZ M. A., *Nuevo panorama de los delitos perseguibles de oficio y de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte*, Revista jurídica de Cataluña, nº 2, 1979, págs. 345 y ss.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M^a. T., *Protección penal del secreto de empresa*, Colex, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos societarios en el Código penal español*, Dykinson, Madrid, 1998.

FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Punibilidad y proceso penal*, Revista General del Derecho Penal, nº 10, 2008.

FERRER SAMA, A., *El delito de abandono de familia. Discurso leído en la solmene apertura del curso académico 1946-1947*, Suc. De Nogués, Murcia, 1946.

FERRERIO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005.

FUENTES SORIANO, O., *La iniciación pública de los procesos por delitos sexuales* (p. 273), en *Derecho penal y discriminación de la mujer. Anuario de Derecho penal 1999-2000*, Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica de Perú, Lima, 2001.

FUENTESECA, P., *Historia del Derecho Romano*, Europa Artes Gráficas, Madrid, 1987.

GALÁN JUÁREZ, M., *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles de protección contra el honor, la intimidad y la propia imagen*, Bosch, Barcelona, 2007.

GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal económico. Parte General*, ARA Editores, Perú, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Cívitas, Madrid, 1996.

GARCÍA GONZÁLEZ, J., *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, Instituto de Criminología de Madrid-Edersa, Madrid, 2001.

GARCÍA MARTÍN L./ESTRELLA ESCUCHURI, A., *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, Tirant lo Blanch, 2005, Valencia.

GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

GARCÍA-PABLOS MOLINA, A., *El Derecho penal como límite al ejercicio de libertades y derechos fundamentales. Protección del honor y la intimidad*, Estudios penales, Barcelona, 1984.

-- *Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del “ius puniendi”*, en Estudios penales y jurídicos. Homenaje a Enrique Casas Barquero (Coord. GONZÁLEZ RUS, J. J.), Universidad de Córdoba, 1996.

-- *Introducción al Derecho penal, Volumen I*, 5ª Ed., Ramón Areces, Madrid, 2012.

-- *Introducción al Derecho penal, Volumen II*, 5ª Ed., Ramón Areces, Madrid, 2012.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990.

-- *Estado de Derecho y Ley Penal*, La Ley, Madrid, 2009.

GIMENO SENDRA, V., *La querella*, Bosch, Barcelona, 1977.

-- *Fundamentos del derecho procesal*, Cívitas, Madrid, 1981.

-- *Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)*, Revista del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, número especial II, 1987, págs. 31 y ss.

-- *La aplicación procesal del nuevo Código Penal*, Diario La Ley, 1996, Ref. D-365, Tomo 6.

-- *La legitimación del Ministerio Fiscal en los procesos de amparo*, La Ley, 1999, Ref. D-126, Tomo 3.

-- *La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Diario La Ley, N.º 5619, 25 de septiembre de 2002, año XXIII, Ref. D-207.

-- *Derecho procesal penal*, Thomson Reuters, Navarra, 2012.

-- *La doctrina del Tribunal Supremo sobre la acusación popular: los casos “Botín” y “Atutxa”*, La Ley, nº 6970, de 12 de junio de 2008.

GIMENO SENDRA, V./ CONDE-PUMPIDO, C./GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos penales*, Tomo 2, Bosch, Barcelona, 2000.

GOLDBERG, S. / GREEN, E. / SANDER, F., *Dispute Resolution*, Little Brownard, Boston, 1985.

GOLDSTEIN, A., *Converging Criminal Justice Systems: Guilty Pleas and the Public Interest*, SMU Law Review, vol. 49, 1995/1996.

GÓMEZ-BENITEZ, J. M., *Curso de Derecho penal de los negocios a través de los casos*, Colex, Madrid, 2001.

GÓMEZ COLOMER, J. L., *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996.

-- *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Server de Comunicació i Publicacions, D. L., Castellón, 2007.

GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho y proceso* (Estudios compilados y revisados por GÓMEZ MENDOZA, M^a.), Thomson Reuters, Navarra, 2009.

GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios al Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GONZÁLEZ RUS, J. J., *Derecho penal español. Parte especial* (Coord. COBO DEL ROSAL, M.), Dykinson, Madrid, 2004.

GORDILLO SANTANA, L., *Los principios constitucionales penales en el marco del proceso de mediación penal*, Redur, nº 4, 2006, disponible en internet en: http://www.larioja.org/upload/documents/474207_garantias_penales.pdf (consultado el 26 de marzo de 2014).

GRANADOS PÉREZ, C., *Objeto material en los delitos contra las personas*, en *Delitos contra las personas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

GUARDIOLA LAGO, M. J., *La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal*, Revista General de Derecho Penal, nº 12, 2009.

HASSEMER. W., *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, traducido por MUÑOZ CONDE, F. y ARROYO ZAPATERO, L.

-- *La persecución penal: legalidad y oportunidad*, Revista Jueces para la Democracia, nº 4, 1988, págs. 8 y ss., traducido por GOMEZ DE LINARES, M. A.

-- *Crisis y características del Derecho penal moderno*, traducida por MUÑOZ CONDE, F., Actualidad Penal, nº 43/22-28, noviembre de 1993.

HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1989.

HEREDIA PUENTE, M., *Perspectivas de futuro de la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal*, La Ley, nº 7257, Sección Doctrina, 7 de octubre de 2009, año XXX, Ref. D-312.

HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima*, Edersa, Madrid, 1996.

-- *Manual de Victimología* (Coord. BACA, E./ECHERBURÚA E./TAMARIT, J. M.), Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.

HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

-- *El Derecho Penal y la Genética*, Trivium, Madrid, 1995.

-- *Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias*, en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*, Comares, Granada, 1999.

-- *Los delitos relativos a la manipulación genética*, La Ley, 2001, Ref. XIX, Tomo 2.

-- *El descubrimiento y revelación de secretos*, Actualidad Penal (La Ley), nº 31, Sección Doctrina, semana del 29 de julio al 4 de agosto de 2002, Ref. XXXI, Tomo 3.

HUERTA TOLCIDO, S., *El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal (Art. 7 CEDH y art. 4 P/)*, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Coords. GARCÍA ROCA, J. / SANTOLAYA, P.), 2ª Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. L., *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, Dykinson, Madrid, 1993.

IÑESTA PASTOR, E., *El Código Penal Español de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, traducido por CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.

JAVATO MARTÍN, M., *Comentarios al Código penal* (Dir. GÓMEZ TOMILLO, M.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal*, Comares, Granada, 1993, traducido por MANZANARES SAMANIEGO, J. L.

JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 5ª Ed., Comares, Granada, 2002, traducido por OLMEDO CARDENETE, M.

JORGE BARREIRO, A., *Descubrimiento y revelación de secretos. Un estudio del Derecho penal español*, Revista de Derecho público, nº 87, 1982, págs. 249 y ss.

-- *El delito de daños en el Código penal español*, Anuario Derecho Penal, Tomo 36, 1983, págs. 505 y ss.

-- *El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)*, La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-172, Tomo 3.

-- *El delito de descubrimiento y revelación de secretos del Código penal de 1995. Un análisis del artículo 197 del CP*, Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-710X, nº 6, 2002.

JUDEL PRIETO A/RUIZ ALARCÓN R., *Delitos relativos a la manipulación genética*, en *Delitos contra las personas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

KAUFFMAN H., *Pretensión penal y Derecho a la acción penal. La delimitación entre el Derecho penal material y el formal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2009, traducido por PEDREIRA GONZÁLEZ, F. Mª y MÜLLER, G.

LAMARCA PEREZ, C., *El sistema de protección de la libertad e indemnidad sexual*, La Ley Penal, La Ley, nº 35, Sección Estudios, febrero 2007, págs. 5 y ss.

-- *Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal*, La Ley Penal, nº 44, Sección Estudios, diciembre de 2007, págs. 5 y ss.

-- *Derecho Penal. Parte especial* (Coord.), 5ª Ed., Colex, Madrid, 2010.

LANZAROTE MARTÍNEZ, P. A., *La acusación penal: ¿Ejercicio de soberanía?*. *Ministerio Fiscal vs. Acción popular*, La Ley, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-23, Tomo 1.

-- *La autonomía del Ministerio Fiscal, de lege ferenda: el fiscal y la reforma del proceso penal*, en *Aspectos fundamentales del derecho procesal penal*, La Ley, Madrid, 2010.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A./MENDOZA BEURGO, B., *Código penal* (Coord. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.), Thomson Cívitas, Madrid, 2004.

LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

-- *Los delitos contra el honor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, Bosch, Barcelona, 2011.

LISZT, F. VON, *Tratado de Derecho penal, Tomo II*, Reus, Madrid, 1916, traducido de la 20ª edición alemana por JIMÉNEZ DE ASÚA, L.

LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Aranzadi, 2010.

-- *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I*, Aranzadi, 2012.

-- *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II*, Aranzadi, 2012.

LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del Legislador. Comentario al texto y debate parlamentario*, Eurojuris, Madrid, 1996.

LÓPEZ PEREGRÍN, C., *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

LUZÓN CUESTA, J. Mª., *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 21ª Ed., Dykinson, Madrid, 2011.

LYNCH T., *The case against plea bargaining*, Regulation Fall, 2003, disponible desde Internet en:
<http://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2003/10/v26n3-7.pdf>
(consultado el 23 de julio de 2013).

MCCONVILLE M. / MIRSKY C. L., *Jury trials and plea bargaining: a true history (chronicling the american criminal justice system's transition from one of primarily jury trials to one of primarily plea bargaining)*, MPG Books, Bodmin, Cornwall, 2005.

MAGALDI PATERNOSTRO, Mª. J., *Los delitos societarios. Administración desleal y apropiación indebida: criterios delimitadores y relaciones entre ambas figuras*, en *Derecho penal económico* (Dir. GIMENO JUBERO, M. A.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

MAGRO SERVET, V., *La casuística del impago de pensiones en el nuevo Código penal (Ley 15/2003, de 25 de noviembre)*, La Ley, nº 5934, Sección Doctrina, 16 de enero de 2004, año XXV, Ref. D-13.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *La mediación penal*, Diario La Ley, nº 6900, Sección Doctrina, 10 de marzo de 2008, Año XXIX, Ref. D-75.

MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica de Publicaciones, Madrid, 1990.

-- *El delito de publicidad fraudulenta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MARCOS AYJÓN, M., *La legitimación para la interposición de la denuncia en los nuevos delitos semipúblicos*, Boletín del Ministerio de Justicia, Nº 1841, 1999, págs. 603 y ss.

MARSHALL, T., *The evolution of restorative justice in Britain*, European Journal of Criminal Policy and Research, 4, 1996.

MARTÍN OSTOS, J., *La conformidad en el proceso penal*, La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-301, Tomo 5.

MARTÍN PALLÍN, J. A., *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal* (Dir. SORIANO SORIANO, J. R.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

-- *De los delitos societarios*, en Código penal de 1995, Comentarios y jurisprudencia (Coord. SERRANO BUTRAGUEÑO, I.), Comares, Granada, 1998.

-- *La prescripción de los delitos, ¿mera política criminal o derecho fundamental?*, La Ley, N.º 6929, 21 de abril de 2008, Año XXIX, Ref. D-122.

MARTÍN RÍOS, M^a. P., *Cuestiones procesales en torno al perdón del ofendido: Estado de la cuestión tras la LO 15/2003 y la LO 5/2010*, Derecho y Proceso Penal, Aranzadi, nº 24/2010 2, págs. 31 y ss.

-- *La exclusión de la mediación como manifestación de las no-drop policies en violencia de género: Análisis de la cuestión a la luz de la Directiva 2012/29/UE*, La Ley, nº 8016, Sección Tribuna, 5 de febrero de 2013.

MARTÍNEZ ARRIETA, A., *Acoso sexual*, en *Delitos contra la libertad sexual* (Dir. Díez Ripollés, J. L.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La mediación penal en España: estado de la cuestión*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (Coords. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P.), REUS, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ PEREDA, J. M., *El proceso por delito privado*, Bosch, Barcelona, 1976.
-- *Introducción a los delitos societarios*, en *Delitos en el ejercicio de la actividad empresarial*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, nº V, Madrid, 1997.

MARTÍNEZ GARCÍA, A. S., *Comentarios al Código penal* (Dir. GÓMEZ TOMILLO, M.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

MARTÍNEZ GARCÍA, C., *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Edersa, Madrid, 1989.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Falsas condiciones objetivas de punibilidad en el Código penal español*, en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989.

-- *El delito societario de administración desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

-- *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

-- *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 2ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MENDES DE CARVALHO, E., *Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN1695-0194, nº 7, 2005, disponible desde Internet en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-10.pdf> (consultado el 26 de marzo de 2014)

MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, A., *Justicia restaurativa y proceso penal. Garantías procesales: Límites y posibilidades*, Revista Iuris et Praxis, Año 15, nº 2, págs. 165 y ss.

MESTRE DELGADO, E., *La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en Derecho penal*, La Ley Penal, nº 1, Ed. La Ley, Sección Estudios, enero de 2004, págs. 7 y ss.

-- *Derecho Penal. Parte especial*, junto con otros autores (Coord. LAMARCA PÉREZ, C.), 6ª Ed., Colex, Madrid, 2010.

MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 9ª Ed., Reppertor, Barcelona, 2011.

MNOOKIN R. H. / KORNHAUSER L., *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, Yale Law Journal, Vol. 88, Nº 5, abril de 1979.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II* (Dir. BAJO FERNÁNDEZ, M.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.

MONTERO ROCA, J., *Derecho Jurisdiccional III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MORÓN LERMA, E. *El secreto de empresa: protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

MORISON A./GABRIELLE, M., *Restorative Justice in New Zealand: Family Group Conferences as a Case Study*, Western Criminology Review, 1998, disponible desde Internet en: <http://wcr.sonoma.edu/v1n1/morris.html> (consultado el 8 de junio de 2013).

MONTÓN REDONDO, A., *Posicionamiento procesal ante los delitos de calumnia o injuria*, La Ley, Nº 4, 1994, págs. 1004 y ss.

DEL MORAL GARCÍA, A., *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, Colex, Madrid, 1990.

MORALES PRATS, F., *Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora*, Cuadernos de Política Criminal, nº 36, Madrid, 1988, págs. 663 y ss.

MORENO CHAMARRO, I., *Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los Tribunales*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2005.

MORETÓN TOQUERO, M^a. A., *El abandono de familia y otros delitos contra los derechos y deberes familiares*, Bosch, 2001, Barcelona.

MORILLAS CUEVA, L., *Derecho penal español. Parte especial* (Coord. COBO DEL ROSAL, M.), Dykinson, Madrid, 2004.

MUÑOZ CONDE, F., *Delitos societarios, en La Reforma de la Justicia Penal – Estudios de Homenaje al Prof. Klaus Tiedemann* – (Coord. GÓMEZ COLOMER, J. L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Universitat Jaume I, Valencia, 1997.

-- *Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal*, Revista Penal nº 5, 2000, págs. 44 y ss.

MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, 8^a Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

-- *Derecho penal. Parte Especial*, 19^a Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2010.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1984.

-- *Consideración jurídico penal del, así llamado, abandono de familia*, Cuadernos de Política Criminal nº 31, Madrid, 1987, págs. 85 y ss.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*, Rafael Castellano, Madrid, 1986.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal*, junto con otros autores, 7ª Ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.

ORDEIG OTERO, Mª. J., *El delito de acusación y denuncia falsas*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

ORTIZ ÚRCULO, J. C., *El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito aplicación y límites. El proceso en el Siglo XXI y soluciones alternativas*, Aranzadi, 2006, págs. 115 y ss.

ORTS BERENGUER E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho penal (Parte General y Parte Especial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

-- *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

OTERO GONZÁLEZ, P., *La corrupción en el sector privado: el nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal*, La Ley Penal, nº 87, noviembre de 2011.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: Bases político criminales*, Revista de Derecho penal y criminología, nº 11, 2003, págs. 45 y ss.

PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *La experiencia práctica de la mediación penal en Madrid*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (Coords. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P.), REUS, Madrid, 2011.

PEDREIRA GONZÁLEZ, F. Mª., *La prescripción de los delitos y faltas. Doctrina y jurisprudencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

-- *Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia, Tomo LXI, 2008.

PERDOMO TORRES, J. F., *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el derecho procesal colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005.

PÉREZ VENEGAS, F., *El artículo 199-2 del Código Penal: Evolución histórica y componentes del tipo*, Seminario médico, Vol. 48, N°. 3, 1996, págs. 131 y ss.

PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998.

PERIS RIERA, J. M., *La regulación de la manipulación genética en España (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)*, Cívitas, Madrid, 1995.

POLAINO NAVARRETE, M., *El abandono de familia en el Derecho penal español*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

DEL POZO PÉREZ, M., *¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?*, en *La mediación en materia de familia y Derecho penal. Estudios y análisis*, Andavira, Santiago de Compostela, 2010.

PRATS CANUT, J. M., *Comentarios a la parte especial del Derecho penal* (Dir. QUINTERO OLIVARES, O., Coord. MORALES PRATS, F.), 8ª Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

PRIETO DEL PINO, A. M^a., *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el Mercado de Valores*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004.

QUINTERO OLIVARES, O., *Parte General del Derecho penal*, 3ª Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

-- *El principio de intervención mínima y algunos delitos patrimoniales y societarios*, en *El nuevo Derecho Penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz* (Coord. QUINTERO OLIVARES, O./MORALES PRATS, F.), Aranzadi, Pamplona, 2001.

QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte Especial*, 5ª Ed., Atelier, Barcelona 2008.

QUINTANAR DÍEZ, M., *Un concreto aspecto del llamado Derecho penal económico: los delitos bursátiles*, CESCEJ Ediciones, Madrid, 2006

RAGUES I VALLES, R., *Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal: Hacia una visión integrada*, en *La Reforma del Proceso Penal Peruano*. Anuario de Derecho penal (Dir. HURTADO POZO, J.), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.

REQUEJO NAVEROS, M^a T., *El secreto profesional del médico y su protección jurídico-penal: una perspectiva histórica*, Foro Nueva Época, nº 6/2007, págs. 159 y ss.

RÍOS, J./OLAVARRÍA, T., *Conclusiones del curso en materia de mediación penal*, dentro de *Conclusiones del curso la mediación civil y penal. Dos años de experiencia. Segunda parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a Jueces de familia y penales*, de la Escuela Judicial del CGPJ, Cursos de Formación del CGPJ y FGE, de 1, 2 y 3 de octubre de 2007.

RÍOS MARTÍN, J. C., *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*, junto con otros autores, disponible desde Internet en: www.poderjudicial.es, (consultado el 12 de junio de 2013).

-- *Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia*, disponible desde Internet en: www.poderjudicial.es, (consultado el 8 de junio de 2013).

-- junto con otros autores, *Reflexiones sobre la viabilidad de instrumentos de justicia restaurativa en delitos graves*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (Coord. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P.), REUS, Madrid, 2011.

ROBERTS, J., *Ignorance Is Effectively Bliss: Collateral Consequences, Silence, and Misinformation in the Guilty-Plea Process*, Iowa Law Review, 2009.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Estudios de Derecho penal económico*, Thomson Reuters, Navarra, 2009.

RODRÍGUEZ NUÑEZ, A., *Derecho Penal. Parte especial* (Coord. LAMARCA PÉREZ, C.), 5ª Ed., Colex, Madrid, 2010

RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2006.

ROMEO CASABONA, C. Mª., *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Fundación BBVA, Comares, Granada, 2002.

-- *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.

ROMERO COLOMA, A. Mª., *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, Serlipost, Barcelona, 1991.

DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios del Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

ROSAT JORGE, F., *La justicia gratuita. Guía del abogado de oficio (junto con otros autores)*, 2ª Ed., Fundación LEX NOVA, Valladolid, 2010.

ROXIN, C., *La reparación en el sistema de los fines de la penal*, en *De los delitos y de las víctimas* (comp. MAIER, J. B. J.), Ad-hoc, Buenos Aires, 1992.

-- *Política criminal y Sistema del derecho penal*, 2ª Ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2000, traducido por MUÑOZ CONDE, F.

-- *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Thomson Cívitas, Madrid, 2008.

RUIZ MARCO, F., *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, Colex, Madrid, 2001.

SÁEZ VALCÁRCEL, R., *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Estudios de Derecho Judicial, nº 111, 2006, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 2007.

-- SÁEZ VALCÁRCEL, R., *Notas sobre la justicia restaurativa y delitos graves dialogando a partir de “reflexiones” y su viabilidad*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (Coord. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P.), REUS, Madrid, 2011.

SÁEZ RODRÍGUEZ, C., *La estrategia penal contra la violencia de género en su complicado encaje con la mediación penal*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (Coord. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P.), REUS, Madrid, 2011.

SALÀS DARROCHA, J. S., *El delito de impago de pensiones*, en Sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales, nº 10, Aranzadi, Pamplona, 2003.

SALOM ESCRIVÁ, J. S., y otros autores, *La instrucción de los delitos económicos y contra la Hacienda pública* (Dir. SOLAZ SOLAZ E.), Consejo General del Poder Judicial - Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a., *Los delitos societarios*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

SÁNCHEZ DE LARA, C./ENRIQUETA CHICANO, J., *Del acoso sexual. Aspectos penales*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., *El renacer de la víctima y el reconocimiento de sus derechos en la Unión Europea*, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (Coords. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P.), REUS, Madrid, 2011.

SCHAFFER, S., *Victimology: the Victim and his criminal*, Reston Publishing Company Inc., Virginia, 1977.

SCHULHOFER, S. J., *Plea Bargaining as Disaster*, 101 Yale L.J., 1992.

SCHÜNEMANN, B., *¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*, en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.

-- *Introducción al razonamiento sistemático del Derecho penal*, en *Obras. Colección de autores de Derecho penal* (Dir. DONNA, E. A.), Tomo 1, Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, 2009.

SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos societarios y conductas afines*, 2ª Ed, La Ley, 2006, Madrid.

-- *El alumbramiento de los delitos societarios: juicio crítico sobre la necesidad y la oportunidad de su regulación*, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, disponible desde Internet en: <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL08.pdf> (consultado el 12 de octubre de 2011).

SERRA DOMINGUEZ, M., *El procedimiento especial para los delitos de injurias*, Estudios de Derecho Procesal, Ariel, Barcelona, 1969.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Los delitos societarios en el ANCP*, Actualidad Jurídica Aranzadi, 1992.

-- *Los delitos de daños*, Aranzadi, Pamplona, 1994.

SERRANO GÓMEZ A./SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª Ed., Dykinson, 2010, Madrid.

SERRANO GÓMEZ, A., *Delitos societarios y condiciones objetivas de perseguibilidad*, Revista de Derecho UNED, nº 2, 2007, págs. 397 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, J. Mª, *Innovaciones teórico-prácticas de la victimología en el Derecho penal*, en *Victimología: VIII Cursos de Verano en San Sebastián* (Dir. BERISTAIN IPIÑA, A. y DE LA CUESTA AIZMENDI, J. L.), Universidad del País Vasco, 1990.

-- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.

SOTO NIETO, F., *El principio acusatorio en el proceso penal y sus singularidades*, La Ley, nº 6535, 27 de julio de 2006, año XXVII, Ref. D-181.

STAMPA BRAUN J. M^a./BACIGALUPO ZAPATER E., *La reforma del Derecho penal económico español*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980.

THIBAUT J. / WALKER, L., *A Theory of Procedure*, California Law Review, vol. 66, 1978.

THOENNES, N., *Mediation and domestic violence: current policies and practices. Special Issue. Domestic violence*, Family & Conciliation courts Review, vol. 33, 1995.

TOMÁS Y VALIENTE, T., *Manual de historia del Derecho español*, 4^a ed., Tecnos, 1997, Madrid

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *Comentarios al Código penal* (Dir. GÓMEZ TOMILLO, M.), Lex Nova, Valladolid, 2010

TOMÉ GARCÍA, J.A. *Derecho procesal penal* (DE LA OLIVA SANTOS A. y otros autores), 7^a Ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

TORRES DULCE INFANTE, E. y otros atores, *Comentarios al Código penal*, 3^a Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

TORRES ROSELL, N., *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1991.

TRILLO NAVARRO, J., *Criminalidad bagatela: descriminalización garantista*, La Ley Penal, nº 51, Sección Estudios, julio 2008.

UMBREIT, M. S. / VOS, B. / COATES, R. B. / ARMOUR, M. P., *Victims of Severe in Mediated Dialogue with Offender: The Impact of the First Multi-site Study in the U.S.*, International Review of Victimology, vol. 13, 2006.

DE URBANO CASTRILLO, E., *La Justicia Restaurativa Penal*, La Ley Penal, nº 73, Sección Estudios, julio 2010.

URBANO GÓMEZ, S., *El concepto de incapaz del art. 25 del nuevo Código Penal español*, La Ley, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-210, tomo 4.

VALL RIUS, A., *El desarrollo de la Justicia restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española*, La Ley, Nº 6528, Sección Doctrina, 18 de julio de 2006, D-173.

VELÁZQUEZ BARÓN, A., *Las agresiones sexuales*, Biblioteca de práctica procesal, Barcelona, 2001.

VEGA RUIZ, J. A., *Los delitos contra el consumidor en el Código penal de 1995*, Colex, Madrid, 1996.

VENTURA PÜSCHEL, A., *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (Dir. ÁLVAREZ GARCÍA, J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

VERGARA, F., *Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo*, Alianza, Madrid, 1999.

VIADA BARJADÍ, S., *Los fines del proceso penal*, La Ley Penal, nº 75, Sección Estudios, octubre 2010.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La represión de la agresión, abuso y acoso sexual tras la reforma de 1999*, Actualidad Penal, nº 42, del 15 al 21 de noviembre de 1999.

VIDAL MARTÍNEZ, J., *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*, Montecorvo, 1984.

VIVES ANTÓN, T., *Comentarios al Código penal de 1995, Vol. II*, Valencia, 1996.
-- *Derecho penal. Parte Especial*, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ZEHR, H., *Retributive Justice, Restorative Justice, alternative justice paradigm, New Perspectives on Crime and Justice*, Akron, PA: Mennonite Central Committee Office of Criminal Justice, 1985.

RESUMEN

Introducción

Pese a suponer una excepción a la norma general, cada vez son más los delitos y faltas sometidos requisitos de perseguibilidad. Esta particular disponibilidad se concreta en la actualidad en todo un elenco de ilícitos verdaderamente dispar, que irían desde algunas faltas de carácter patrimonial de escasa relevancia – como sucede con la alteración de términos, lindes y heredades, por importe indeterminado o inferior a 400 euros, sancionado con multa de 10 a 30 días –, a otros delitos con mucha más trascendencia jurídico-penal – delitos contra la libertad sexual, sancionados con hasta doce y quince años de prisión en los supuestos previstos en el art. 180 del Código penal –.

La heterogeneidad de estos ilícitos dificulta además en exceso su entendimiento y justificación. En primer lugar, por cuanto que la naturaleza y los bienes jurídicos protegidos por todos estos tipos resulta extremadamente desigual, pudiendo ser tanto individuales, personalísimos y especialmente disponibles – v. gr., el honor, en los casos de injurias y calumnias – como supraindividuales – es el caso de la alteración de precios de materias primas, cuya finalidad es la de asegurar el buen funcionamiento del mercado a través de la correcta formación de los precios –. También por sus múltiples incoherencias sistemáticas, como sucede, v. gr., con los atentados contra las relaciones familiares, donde si bien los delitos de abandono de familia e impago de pensiones exigen la previa interposición de denuncia para ser sancionados – aun cuando en la mayoría de los casos el ofendido será el hijo menor de edad –, las faltas admiten la perseguibilidad de oficio pese a su menor lesividad. Lo mismo podemos observar con los delitos de apropiación indebida y administración desleal, con evidentes similitudes pero tratamiento diferenciado desde el punto de vista de su perseguibilidad.

Las reformas legislativas que periódicamente vienen afectando estos ilícitos, tampoco ayudan a identificar con claridad los elementos pretendidamente justificadores de esta privacidad. Es el caso de la acaecida en el año 2003, que supuso la exclusión de la perseguibilidad privada de los atentados contra la propiedad intelectual e industrial. Especialmente cuando en opinión de ciertos sectores doctrinales, la exigencia de previa

denuncia del agraviado del Capítulo XI del Título XIII del Libro II, parecía justificarse más claramente en estos delitos – frente a los que atentaban contra los consumidores y usuarios – por afectar esencialmente a los intereses privados de la víctima.

Objetivos

El tema escogido para la presente tesis doctoral, se circunscribe precisamente al estudio del especial tratamiento ofrecido por nuestro Código penal a este tipo de infracciones. Más en concreto, y en la medida en que esta particular disponibilidad entra en contradicción con alguno de los cánones tradicionales de nuestro Derecho penal, así como por los problemas de aplicación práctica que plantea en muchos casos, nuestro estudio se centrará en la justificación y la viabilidad de las restricciones impuestas por el legislador en cuanto a la perseguibilidad de todo este elenco de ilícitos.

El objetivo, por tanto, es doble. En primer lugar, analizar esta peculiar privacidad de la punibilidad, en orden a verificar si efectivamente hay algún tipo de justificación que soporte eficazmente el sometimiento de la investigación y sanción de determinadas infracciones a la voluntad de la víctima, pese a la gravedad de algunas de ellas. Adicionalmente, el distinto tratamiento y las múltiples variantes y salvedades que plantean este tipo de excepciones, obliga a extender nuestro análisis también al estudio de la funcionalidad y viabilidad de este peculiar modelo de persecución en el ámbito penal, a fin de poder constatar si efectivamente este régimen de perseguibilidad privada está dotado de la coherencia mínima exigible.

Finalmente, la última fase de la presente investigación tendrá por objeto la búsqueda de soluciones alternativas válidas que ofrezcan una adecuada respuesta a la participación de la víctima en el proceso penal. Todo ello, en la medida en que, con independencia del irrefutable carácter público de nuestro Derecho penal, ni éste ni las normas reguladoras del procedimiento han de permanecer impávidos ante la opinión o el interés particular de la víctima en el devenir del procedimiento.

Método

Con la finalidad apuntada, en el desarrollo del presente trabajo de investigación seguiremos el siguiente esquema: (i) identificación de los delitos perseguibles a instancia de parte y de aquellas otras figuras eximentes o excluyentes de la punibilidad, junto con un análisis histórico del aquí denominado Derecho penal privado y de la evolución del papel desempeñado por la víctima; (ii) estudio de los aspectos comunes a las condiciones de perseguibilidad, que irán desde los fundamentos genéricos esgrimidos por la doctrina, hasta aquellos otros elementos comunes tales como la exigencia de querrela o denuncia, el papel del Ministerio Fiscal, o la existencia de excepciones como la perseguibilidad de oficio en casos de afectación de los intereses generales o una pluralidad de personas; (iii) análisis individualizado de estos requisitos en cada uno de los tipos penales afectados; y (iv) estudio de posibles alternativas a la vista de las críticas que iremos extrayendo a lo largo de toda la exposición.

De este modo, la presente tesis exigirá abordar cuestiones de muy distinta naturaleza, que irán desde la clasificación dogmática de tales delitos, a la comparación de estos requisitos con las condiciones objetivas de punibilidad en aras a determinar qué posibles justificaciones se encuentran detrás de la exención, exclusión, o limitación de la punibilidad, según los casos. Tales pretendidos fundamentos también nos empujarán al estudio de principios pretendidamente justificadores de este particular tratamiento, como son los de legalidad, intervención mínima u oportunidad, e incluso a los aspectos y consecuencias procesales a los que han dado lugar en la jurisprudencia.

Adicionalmente, el estudio individualizado de cada ilícito nos llevará al análisis particular de distintos aspectos. Desde los antecedentes histórico-legislativos de cada uno de ellos, a los bienes jurídicos que pretenden proteger, pasando por las particularidades de cada uno de ellos que vendría a justificar su carácter privativo: especial disponibilidad del bien jurídico protegido, escasa entidad de la ofensa, etc. Todo ello, pasando por el análisis de aquellas figuras afines que, pese a los nexos en común, adolecen de ese particular tratamiento en nuestro Código penal.

Resultados y conclusiones

El trabajo de investigación descrito en los expositivos anteriores lleva a la inexorable conclusión de que los requisitos de perseguibilidad carecen de justificación razonable. Las contradicciones e incoherencias de este peculiar régimen impiden poder avalar el sometimiento de la punibilidad de estos delitos y faltas a la voluntad particular de la víctima.

En primer lugar, resulta inviable pretender amparar dicho tratamiento sobre la base de principios generales del Derecho penal tales como los de intervención mínima y oportunidad, a los que recurrentemente tiende a acudir la doctrina. En efecto, la privatización del Derecho penal suele justificarse desde argumentos genéricos tales como: (a) la escasa entidad o el carácter no violento del delito; (b) los daños irreparables que puede suponer la persecución hacia la víctima, v. gr., al verse afectados otros derechos fundamentales como su propia intimidad; (c) la posibilidad de valorar a través de la víctima la entidad de la ofensa proferida; o (d) incluso el interés del legislador en potenciar acuerdos extrajudiciales y descargar a los Jueces y Tribunales de procedimientos de menor entidad. Sin embargo, el aseguramiento y aplicación de dichos principios en modo alguno puede atribuirse al perjudicado u ofendido por el delito, al estar estrechamente relacionados con manifestaciones tales como la selección de bienes jurídicos nucleares a tutelar por el Derecho penal, la tipificación de las modalidades de ataque, o la evitación de criminalización de comportamientos con transcendencia penal. Únicamente al legislador le compete decidir sobre la punición de una conducta o, subsidiariamente, a los Jueces y Tribunales a través de esa labor interpretativa que les ha sido encomendada en la aplicación de esos mismos tipos.

En segundo lugar, el tratamiento que dispensa el Código penal a las distintas condiciones de perseguibilidad es exageradamente heterogéneo, tanto desde el punto de vista de la vía para iniciar el procedimiento, como de la persona facultada para interponer la denuncia o querella, como de las excepciones a la regla general, en su caso. Tales circunstancias plantean contradicciones de difícil solución. Así, v. gr.,

carece de sentido que mientras los delitos contra el honor no admitan la participación del Ministerio Fiscal con carácter general, éste sí pueda intervenir en cambio cuando esos mismos atentados – en sus versiones menos lesivas – sean objeto de debate en la jurisdicción civil en aplicación del art. 249.1.2º LEC. De igual modo, la indefinición de términos como los de *afectación de intereses generales* y *pluralidad de personas* plantean numerosos problemas interpretativos, dando lugar a corrientes jurisprudenciales completamente opuestas.

Por último, ni desde un punto de vista sistemático, ni tampoco extrasistemático, es posible justificar la perseguibilidad privada de ninguno de ellos:

(a) Mientras la escasa gravedad de los delitos contra el honor hace preferible optar directamente por su despenalización – pudiendo ser sancionados en cualquier caso en la jurisdicción civil a través de la LO 1/1982 –, la especial gravedad de los delitos contra la intimidad impide su sometimiento a ningún tipo de condición de perseguibilidad.

(b) El tratamiento ofrecido respecto de las faltas y el delito de daños cometidos por imprudencia carece igualmente de justificación, dado que no es posible avalar dicho tratamiento mediante la aplicación genérica de los principios de mínima intervención y de oportunidad procesal.

(c) Tanto si atendemos al bien jurídico protegido en el delito de reproducción asistida sin consentimiento – que no sólo abarca el derecho a la procreación de la mujer, sino también otros como los inherentes al concebido no nacido –, como si lo comparamos con otro tipo de ilícitos de esta misma naturaleza – como el delito de aborto no autorizado del art. 144, auténtico reverso de la reproducción asistida no consentida –, el requisito de perseguibilidad del art. 161 resulta incoherente.

(d) En la medida en que los delitos contra las relaciones familiares tienen por objeto la protección de intereses que efectivamente afectan a bienes jurídicos auténticamente esenciales desde el punto de vista de la subsistencia – especialmente a la vista de la especial vulnerabilidad del colectivo que tales figuras pretenden proteger –, la limitación de la perseguibilidad del mismo carece de sentido, debiendo perseguirse directamente de oficio.

(e) En cuanto a los delitos contra los consumidores y usuarios, si todos esos ilícitos están ya regulados de algún modo en otras legislaciones tales como la mercantil o la administrativa, quienes evidentemente ya se ocupan de sancionar aquellos atentados menos lesivos, es claro que el principio de intervención mínima ya está debidamente atendido sin necesidad de sometimiento a la voluntad de la víctima.

(f) Por lo que respecta a los delitos societarios, (i) no deja de causar cierta extrañeza que, salvo la excepción de los delitos de daños imprudentes ya comentados, este requisito no se exija para los delitos patrimoniales clásicos, sino únicamente en aquellos supuestos en los que el delito en cuestión haya sido cometido al amparo de la estructura orgánica de las sociedades mercantiles; y (ii) resulta aún más incongruente la pretensión del legislador de aludir al principio de intervención mínima para defender la privacidad de estos delitos, cuando éste nunca ha sido respetado en la regulación de estos ilícitos en sede penal, habida cuenta la extralimitación evidente en relación con determinados comportamientos que ya se encontraban regulados en las legislaciones civil y mercantil.

(g) La especial entidad de los bienes jurídicos objeto de tutela en los delitos contra la libertad sexual, impide admitir la limitación de la perseguibilidad a la mera voluntad de la persona agraviada, razón por la cual resulta preferible la profundización en leyes como la 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, tendentes a evitar los evidentes perjuicios que implican la tramitación del procedimiento penal hacia la propia víctima y su entorno.

A la vista de lo anterior, la inviabilidad de los requisitos de perseguibilidad nos obliga a explorar otras formas de participación de la víctima en el proceso penal, así como del reconocimiento expreso de su opinión o su interés particular en el devenir del mismo. Las conciliaciones a través de procesos de mediación y acuerdos pueden concebirse como una alternativa a los requisitos de perseguibilidad privada, pero sin llegar a anular el papel de la Administración de Justicia. En efecto, ni la justicia restaurativa ni la mediación suponen una privatización absoluta de la justicia penal, porque corresponde al Estado, de un lado, definir y delimitar el marco de la mediación – sus límites objetivos, subjetivos, formales y estructurales –, y, de otro, garantizar el cumplimiento de las garantías procesales, evitando eventuales abusos que pudiesen ocurrir.

ABSTRACT

Introduction

Although an exception to the general rule, more and more crimes and misdemeanours are subject specific requirements to be persecuted. This particular characteristic gives currently a truly disparate list of criminal acts, that would go from some faults of patrimonial character of little importance - as with the alteration of terms, boundaries and inheritances for less € 400 which are punishable by a fine of 10 to 30 days - to other crimes of substantially more criminal legal significance - crimes against sexual freedom, punishable by up to 12 and 15 years in prison in the cases provided in article 180 of the Criminal Code.

The heterogeneity of these lists of criminal acts also impedes understanding and justification of the reasons. Firstly, because the nature and legal rights protected by these typifications is extremely uneven, and may be individual, very personal and specifically available - e.g., honour, in cases of libel - or extremely individualistic like in the case of alteration of commodity prices, whose purpose is to ensure the proper functioning of the market through proper price formation. Also for his many systematic inconsistencies, as, e.g. with attacks on family relationships, where although the crimes of family abandonment and unpaid pension require prior filing of a complaint to be punishable - although in most cases the victim will be the child (a minor) - the misdemeanour can be prosecuted *ex officio* despite their lower harmfulness. The same can be observed with the crimes of misappropriation and disloyal administration, where we have obvious similarities but there is a different treatment from the point of view of its prosecutability.

Legislative reforms are affecting these criminal acts periodically, which does not help identifying with clarity the alleged justification of this private aspect. This happened in 2003, which resulted in the exclusion of private prosecutability for infringements of intellectual property rights. Specifically when in the opinion of certain doctrinal sectors, the requirement of prior complaint of the victim in Chapter XI of Title XIII of Book II

of the Criminal Code, seemed more clearly justified for these crimes - against those who are against consumers and users - as they affect the private interests of the victim.

Objective

The subject chosen for this thesis finds its specific limits in the study of the special treatment offered by our Criminal Code for such violations. More specifically, and in so far as this particular availability conflicts with any of the traditional rules of our criminal law, as well as the practical implementation challenges posed in many cases, our study will focus on the rationale and viability of the restrictions imposed by the legislator as to this entire list of criminal prosecutability items.

The aim, therefore, is twofold. First, to analyse this particular private aspect of criminal law, in order to verify if there is indeed some kind of justification that effectively support the submission of the investigation and punishment of certain offenses to the will of the victim, despite the seriousness of some of these crimes. Also the different treatments and the many variations and exceptions raised by these exceptions, requires extend our analysis to the study of the functionality and feasibility of this peculiar pattern of persecution in criminal matters, in order to determine whether this real private prosecutability scheme is provided with a minimum of consistency.

Finally, the last phase of this research will concern the search for valid alternative solutions that offer an adequate response to the participation of victims in criminal proceedings. And this to the extent that, regardless of irrefutable public nature of our criminal law, neither it nor the rules of procedure must remain undaunted by the opinion or the particular interest of the victim in the handling of the procedure.

Method

Having clarified the objective, the development of this research will follow the following means: (i) identification of *ex parte* prosecutable and other defences or exclusion of criminality, along with a historical analysis of the referred private criminal

law and the evolution of the role of the victim; (ii) study of common conditions for prosecution, ranging from general grounds advanced by the doctrine, to those other common elements such as the requirement of grievance or complaint, the role of the prosecution, or the existence of exceptions to apply prosecutability *ex officio* in cases of involvement of the general interests or more persons; (iii) individual analysis of these requirements in each of the offenses concerned; and (iv) study of possible alternatives in view of the fact we will be voicing criticism along the entire exposé.

Thus, this thesis will require addressing issues of a very different nature, ranging from the dogmatic classification of such crimes, the comparison of these requirements with the objective conditions of criminality in order to determine the possible justifications are behind the exemption, and exclusion or limitation of criminal liability as appropriate. Such foundations are also intended to push us to study the principles voiced to justify this particular treatment, such as legality, minimal intervention or opportunity, and even procedural aspects and consequences, which have resulted in actual case law.

Additionally, each individual study will lead us to a direct analysis of different aspects of the criminal acts. Checking the legislative history of each item, the legal rights that are sought to protect, to the particularities of each of them, which would justify its proprietary nature and background: the special availability of legal protection, only minor importance of the misdemeanour, etc. We view it from the analysis of those related figures that despite the links in common, suffer from that particular treatment in our Criminal Code.

Results and conclusions

The research described in the previous exhibition leads to the inexorable conclusion that the requirements of private prosecutability lack a reasonable justification. The contradictions and inconsistencies of this peculiar regime prevent subjecting to the private will of the victim the submission of the criminality of these crimes and misdemeanours.

Firstly, it is unfeasible to defend such treatment based on general principles of criminal law such as minimum intervention and opportunity, which recurrently tends to be used in our teachings. Indeed, the privatization of criminal law is often justified from generic arguments such as: (a) the low level or non-violent nature of the crime; (b) the irreparable damage that persecution can have for the victim, e.g. the influence on other fundamental rights as their own privacy; (c) the ability to assess through the victim's eyes the reality of the offense proffered; or (d) even the interest of the legislator in promoting court settlements and relieve the Judges and Courts of lesser procedures. However, the underwriting and application of those principles can never give the injured or offended by the offense, as he is closely related to events such as the selection of central legal interests by criminal law, the definition of the procedures for attack or avoiding behaviour for acts of criminal significance. Only the legislator can be entrusted to decide on the punishment of conduct or, alternatively, the Judges and Courts through the interpretation work entrusted to them in implementing those same typifications.

Secondly the treatment the Criminal Code dispenses to the different conditions for prosecutability is outrageously heterogeneous, both from the point of view of the way to start the process, and the person authorized to file the complaint or grievance, as to exceptions to the general rule, if any. Such circumstances pose intractable contradictions. Therefore, it becomes meaningless that while crimes against honour do not need the participation of the prosecutor in general, the change itself can intervene when those same attacks - in its less harmful versions - are the subject of debate in the civil jurisdiction by application of article 249.1.2 Civil Procedure Code. Also the lack of definition of terms such as *impairment of general interest* and *number of people affected* present numerous interpretation problems, resulting in completely opposite jurisprudential solutions.

Finally, neither from a systematic point of view, nor even outside the system, can we justify private prosecutability for any of them:

(a) whereas the low importance of the offenses against honour make it preferable to get them out of the Criminal Code - and they may be punished in any case in the civil courts by the LO 1/1982 - the special gravity of the offenses against privacy prevents submission to any conditions of prosecutability.

(b) The treatment offered in respect of misdemeanours and criminal damage recklessly committed is equally unjustified, since it is not possible to guarantee such treatment by the generic application of the principles of minimum intervention and procedural opportunity.

(c) Both if we consider the legally protected interest in the crime of assisted reproduction without consent - which not only encompasses woman's right to having children, but also others such as inherent to the conceived but yet unborn - as when we compare to other type of crime of the same nature - as the crime of unauthorized abortion in article 144, authentic mirror of assisted reproduction without consent - the requirement for prosecutability of article 161 is inconsistent.

(d) To the extent that crimes against family relationships are intended to protect the interests that actually affect genuinely essential legal rights from the point of view of survival - especially in view of the particular vulnerability of the group that such figures are intended to protect - the limitation of the prosecutability turns it meaningless and they should be pursued directly *ex officio*.

(e) With regard to crimes against consumers and users, if all those criminal acts are already regulated in some way in other legislation such as the business or administrative laws, which obviously already address punishment to those less harmful attacks, it is clear that the principle of minimum intervention is already properly addressed without submission to the will of the victim.

(f) With respect to corporate crime, (i) it continues to cause some surprise that, with the exception of crimes of reckless damage already discussed, this requirement is not required for classical economic crimes, but only in those cases where the offense in question was committed under the organizational structure of corporations; and (ii) all the more incongruously, the legislator intends to allude to the principle of minimum intervention to defend the privacy of these crimes, when it has never been observed in the regulation of these crimes in a criminal court, given the obvious overreaching in connection to certain behaviour that was already covered in the civil and commercial legislation.

(g) The special feature of the protection of the legal status in crimes against sexual freedom, prevents limiting prosecutability to the mere will of the aggrieved person, and therefore it is preferred to expand in laws such as the 35/1995, of 11 December, for Aid and Assistance to Victims of Violent Crime and Sexual Freedom, aimed at avoiding the obvious damage involving the conduct of criminal proceedings to the victims and their environment.

In view of the above, the unfeasibility of the requirement of private prosecutability forces us to explore other forms of victim participation in the criminal process so they can express their opinion or recognition of particular interest in its handling. Reconciliations through mediation and agreements can be seen as an alternative to the requirements of private prosecutability, but without nullifying the role of the Administration of Justice. In fact, neither justice as reparation nor mediation are an absolute privatization of criminal justice, because for the State on the one hand, defining and delimiting the context of mediation - their objective, subjective, formal and structural limits - and on the other hand, ensuring compliance with procedural safeguards, make it possible to avoid abuses that may occur.